



EUI WORKING PAPERS IN LAW

EUI Working Paper LAW No. 94/5

**Rationalization Processes in Contract Law and
the Law of Product Safety: Observations on
the Impact of European Integration on Private Law**

**Rationalisierungsprozesse im Vertragsrecht und im Recht
der Produktsicherheit: Beobachtungen zu den Folgen
der Europäischen Integration für das Privatrecht**

CHRISTIAN JOERGES

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0015 8750 2

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 94/5

**Rationalization Processes in Contract Law and
the Law of Product Safety: Observations on
the Impact of European Integration on Private Law**

**Rationalisierungsprozesse im Vertragsrecht und im
Recht der Produktsicherheit: Beobachtungen zu den
Folgen der Europäischen Integration für das Privatrecht**

CHRISTIAN JOERGES

WP Fa9
EUR

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Christian Joerges
Printed in Italy in May 1994
European University Institute
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico (FI)
Italy

Vorbemerkung - Preliminary

Die beiden Beiträge dieses Working Papers befassen sich mit Auswirkungen der europäischen Integration im Privatrecht. Im ersten steht die Europäisierung des Vertragsrechts im Zentrum einer Analyse von Umorientierungen privatrechtlicher Disziplinen; im zweiten werden sachliche Neuorientierungen innerhalb des Produktsicherheits- und haftungsrechts analysiert. Die These, daß die Integration Rationalisierungsprozesse befördere, ist das Leitmotiv beider Beiträge. - Der vertragsrechtliche Beitrag zur Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ist die leicht erweiterte Fassung eines Vortrags an der Harvard Law School am 2. Mai 1994. Bei dem Beitrag zum Haftungs- und Produktsicherheitsrecht handelt es sich um die Ausarbeitung eines Vortrags auf dem Symposium "Privatrecht in der Risikogesellschaft" der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 24. September 1993 in Tokio.

Both contributions to this Working Paper are concerned with the impact of European integration on private law. The first deals with the Europeanization of contract law and the re-orientation of various disciplines of private law; it was presented in a Seminar at the Harvard Law School on 2 May 1994. The paper on product liability and product safety law is an elaborated version of a contribution to a conference on "Private Law in the Risk Society", organized by the German-Japanese Society of Legal Science on 24 September 1993 in Tokyo.

San Domenico di Fiesole (Fi),

April 1994

Christian Joerges

The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and as a Contest of Disciplines - an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*

CONTENTS:

I. The Example of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts	2
1. Legal Basis: Functional Law-making Competences and Legislative Policy	3
2. Monitoring Contracts: some Ambivalences in the Directive's Approach	4
3. Europeanizing of the Development of Private Law?	7
II. The Integration Process as Analytical Reference Point	8
1. Market Integration as a Rationalization Process	9
2. Clarification	10
3. Distributive Justice in Market Integration Law?	11
III. The Contest of Legal Disciplines	15
1. Particularism and Rationality of National Legal Science	16
2. The Failures of Private International Law . . .	18
3. The Limits to a Comparative Approach . . .	21
IV. European Supremacy?	22
1. Supremacy Claims	22
2. Rationalization Conditions and Legitimation Requirements	24
Conclusion	27

* Translated from the German by Iain Fraser. - I wish to thank Anthony Kronman and Lesley Jane Smith for helpful discussions during the process of writing this paper which continues to present, however, a preliminary analysis.

Preliminary

The effects of European Integration Policy on private law in Europe have for some years been matters of growing concern for legislation, case law and legal science. These effects do not, however, relate to substantive private law alone. The Europeanization process has been impinging on private international law, relocating it beyond its acquired competences; it is encroaching upon comparative law, changing its themes and its research objectives; ultimately, it will force re-orientations in European law itself. The ambivalences in the situations arising in this process within and between the disciplines will be dealt with below. They give rise to the ambitious and complicated title of this paper. However, as the subtitle indicates, this analysis focuses on one single example - the Directive on unfair terms in consumer contracts adopted in April 1993¹.

I. The Example of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts

The Directive on unfair terms in consumer contracts is an unassuming document. None the less, this modest text has already aroused very considerable irritation all around Europe. Accordingly, my contention that this is a legal act of exemplary significance, the analysis of which evidences some of the deeper conflicts that presently turmoil Europe's integration process ought not to seem too exaggerated or far fetched. I wish however to develop this position inductively, starting with a survey commenting on selected provisions and points in the text.

¹ OJ L 95/1993, 29.

1. Legal Basis: Functional Law-making Competences and Legislative Policy

Even after the new Treaty on European Union, the list of Community competences still fails to include private law. As previously, the Community can make claim to only a functionally based competence, derived from the objective of creating the internal market. The Directive is correspondingly based on Article 100a and its underlying logic². The legal provisions in Member States on contractual clauses, particularly on unfair terms in consumer contracts, differ considerably; this could lead to distortions of competition on the supply side; consumers may be dissuaded from concluding contracts in other Member States, if and because the web of contractual terms and legal provisions remains opaque. No clear patterns emerge from this functional logic for the substantive contents of a harmonization measure. The Directive can and does, however, refer to Article 100a (3) and the Community's Consumer Protection Programmes³. According to these provisions, legal harmonization is not an end in itself; its aim is to bring about a high level of protection and improve the consumer protection against "abuse of power" on the supply side⁴.

This envelopment of the functional logic of legal harmonization in objective legislative policy guidelines is unavoidable. Had the Directive, contrary to Article 100a (3), undertaken to remove mandatory protective provisions, this too would have been equivalent to a legislative re-shaping of the private law systems of Member States. That makes it all the more important to inquire how far the Community's purely functionally based competence reaches.

² Cf. the 2nd, 3rd and 5th Recital.

³ OJ C 92/1975 and OJ C 133/1981, 1.

⁴ Cf. the 8th and 9th Recital.

The ups and downs of the Directive's legislative history⁵ document the relevance of this question. In the preparatory documents⁶ and in the two draft Directives of 1990⁷ and 1992⁸, the Commission had set itself very far reaching harmonization objectives. The Directive adopted in 1993 has withdrawn these regulatory claims. Article 1 (2) (says,) explicitly states that "the contractual terms which reflect mandatory, statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions ... shall not be subject to the provisions of this Directive", and the 13th Recital makes it clear that optional code provisions are equally left untouched. Accordingly, the original "black" list of unfair terms annexed to the Directive can now have only an "indicative" function [see Article 3 (3)]. Consequently, too, Article 8 provides that Member States may adopt or retain more stringent provisions compatible with the Treaty in the area covered by this Directive, to ensure a maximum degree of protection for the consumer.

Does the retraction from the original ambitions indicate merely that legal harmonization policy is having to pause for breath? Or is the project of market integration through harmonization of private law failing?

2. *Monitoring Contracts: some Ambivalences in the Directive's Approach*

It seems appropriate to start looking for answers to these questions in the regulatory concept adopted by the Directive. Admittedly, this is a theoretical approach in contract law, but does not take any account of the conditions under which the European law-making process operates, or the con-

5 The problem of Community powers was discussed quite intensively in the debate on the Commission's draft directive on the liability of suppliers of services (OJ C 12/1991, 8) that has been rejected for the time being.

6 Cf. esp. the Commission's Green Book on unfair contract terms, COM (84) final of 9 Feb. 1984.

7 OJ C 243/1990, 2.

8 OJ C 73/1992, 7.

straints on it. But at least by the time the harmonized law comes to be applied, the once apparently theoretical question as to the conceptual basis and consistency of the Directive's provisions will become of practical relevance.

a) Standardized Terms and Non-negotiated Terms

In contrast to the original Commission drafts and with its still all too promising title, the Directive does not apply to all consumer contracts; it rather concerns only terms which have "not been individually negotiated" [Article 3 (3)] and terms which have been "drafted in advance ... particularly in the context of a pre-formulated standard contract" [Article 3 (2)]. This retreat to non-negotiated terms is treated in German legal terminology as a restriction on the objective scope of application of the law on standardized contract terms (AGB-Gesetz of 1976). Translated into the language of economic analysis, the negotiating of contractual terms is associated with transaction costs that the use of standardized terms ought to save. If and because individual negotiation neither takes place nor would make economic sense, it is replaced by contractual terms with controlled content⁹. The explicit prohibition of control over the adequacy of the price and remuneration or over the main subject matter of the contract in Article 4 (2) is in line with this interpretation, as is the reference to the uncertainties when concluding contracts in other Member States¹⁰.

9 Cf. in German literature: H.-B. Schäfer/ C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin-New York 1986, 323 ff.; M. Adams, *Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes. Verträge bei asymmetrischer Information*, BB 1989, 781 ff.; J. Beimowski, *Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen*, München 1989; H. Kötz, *The EC-Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts From an Economic and Comparative Perspective*, Typoscript Hamburg 1994.

10 Cf. the 6th Recital.

b) Fairness Requirements and Consumer Protection

It is not, however, easy to convert the economic analysis of standardized terms into positive control criteria that can constitute a logical response to informational asymmetries. How can (the deciders who are standing in for contractual negotiation find out what terms of contract constitute the most efficient solution?) courts or administrative bodies which are to substitute bargaining processes detect "efficient" solutions? How can they keep their decisional criteria free of paternalistic, distributive colouration? How could one weigh up the efficiency advantages of European rules against their regulatory contents? However the feasibility of efficiency programming is to be assessed, the control criteria introduced in the Directive go beyond the bounds of an interpretive framework focussing on efficiency concerns. Thus, the 9th Recital speaks of protection against the "abuse of power by sellers of goods or providers of services" and against "unfair exclusion of rights in contracts". These elements of justification are in line with the specification of unfairness in Article 3 (1), providing that "a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract". Equally, and especially incompatible with an interpretation of the control clause in terms of information economics is the definition of the Directives' "personal scope of application". It is only unfair terms that occur in contracts with *consumers* that have to be controlled (Article 2). Certainly, this consumer protection component can easily be explained by the history of European consumer protection programmes and the fact that the Commission's Consumer Policy Service has to justify its existence from time to time. But anyone interpreting the Directive has to admit that the references to inequality of bargaining power and to inalienable rights that underpin the consumer policy protection objectives in the Directive are not compatible with a one-dimensional economic re-construction of its meaning. Instead, they continue in the tradition with which criticism of "contracts of adhesion" began, just half a century before adoption of the European Directive¹¹. To complete these conceptual difficulties, the Direc-

tive's substantive objectives appear incompatible with the retreat from control over non-negotiated terms. An "abuse of power" by the stronger contracting party is more likely to occur in the case of *individually* negotiated contracts, since it is exactly here that opportunities to discriminate between contracting parties can be exploited.

3. *Europeanizing of the Development of Private Law?*

Does the self-limitation of the harmonization programme in the Directive really only mean that integration policy is having to adopt a slower pace? We have to link this question with a further one: what are we to derive from the fact that even the harmonized core provisions of the control of terms remain conceptually ambivalent? In order to imagine how the Directive might contribute to the emergence of a European law of contracts, one must consider the possible tensions between non-harmonized parts of law on the one hand and Europeanized concepts, the meaning of which, despite harmonization, needs to be clarified.

The most important indications as regards the first point follow from Article 1 (2) taken together with the 13th Recital, and from Article 8. On the one hand, control over terms must respect both the binding law and the statutory law of Member States - and thus must accept any national low level of protection. On the other hand, Member States may "adopt or retain the most stringent provisions ... to ensure the maximum degree of protection for the consumer". Additionally, Article 6 (2) provides that national protective provisions will be implemented in cases involving third countries¹². This should mean that all protective provisions may be retained as long as they are compatible with the Treaty (esp. Articles 7 and 30). Otherwise the protectionist grants can be retained and extended.

¹² With regard to the precedence of directive law cf. Article 20 of the Rome Convention.

This concept of "minimum harmonization" is not a mere confirmation of the rules on private international law in the Rome Convention (Article 5; Article 29 of the German EGBGB)¹³. But does Article 8 really settle the choice-of-law problems arising from intra-Community contracting? Modifying one much discussed case¹⁴, must a Spanish court deciding a contractual dispute between a Spanish firm and a German customer apply the German law on standardized terms? If Article 8 suggests a "race up to the ceiling", Article 1 (2) argues against any such notion: since Article 8 aims only at minimal protection, application of mandatory contract law has, no less than in the third country cases of Article 6 (2), to depend on the "close connection of the contract with the territory of the Member States".

The ECJ will one day have to decide such questions. It will also have to decide whether the incorporation of the Directive in legislation and case law meets the binding guidelines in the Directive, particularly the criteria of contract control. The field of influence of European law, as we know, reaches far. If the doctrines of the supremacy of European law and the interpretative prerogative of the ECJ are to be retained, then the Court of Justice has to be promoted into a sort of meta-appeal court in the law of contract control - whether it will be able to take on this burden and manage to convince civil courts in Member States is another question¹⁵.

II. The Integration Process as Analytical Reference Point

Since it is obviously difficult to find ones' way in the thicket of practical questions, I would now like to gain a better perspective by taking theo-

¹³ Cf. K. Mortelmans, Minimum Harmonisation and Consumer Law, European Consumer L.J. 1988, 1 ff.

¹⁴ Cf. only E. Jayme, Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht, IPRax 1990, 220 ff.

¹⁵ Cf. IV below.

retical distance. The analytical reference point that offers itself for this sort of reflection is the integration process itself.

1. Market Integration as a Rationalization Process

Following the turn in the ECJ case law on Article 30 in the celebrated *Cassis de Dijon* case¹⁶, the Commissions' 1985 White Paper¹⁷ and the harmonization rules agreed on in the 1987 Single European Act, the market integration programme has as we know taken on new outlines and developed a new dynamism. All national law that constitutes an obstacle on the road to a functioning internal market has come under pressure to change. Binding private law too has accordingly had to face the question whether its effects of restricting trade can really be justified by "essential requirements". Provisions that withstand that test are candidates for legal harmonization policy. This must either press for their removal (deregulation) or else see to a comprehensive legal framework that guarantees the functioning of the internal market (re-regulation). This explains why contract law too has been dragged into internal market policy. Contract law in particular is much bound up with public law regulations; in addition, it contains countless binding provisions that mould offers of services and paternalistically restrict consumer choice.

The grip of Community law on national legal systems can accordingly be explained on the basis of the objective goal of accomplishing the European internal market process. It is this grip that is intended by the term Rationalization used in the title of this paper. "Rationalization" is certainly an ambitious concept, which would, taking Max Weber as an example,

¹⁶ Case 120/78, 1979 [ECR] 649 - *Cassis de Dijon*.

¹⁷ COM (85) final of 14 June 1985.

require a multi-dimensional explication¹⁸. I shall content myself with some simplifying borrowings.

The rationality of "modern formal law" for Max Weber indicates firstly the functionality of this law in the context of capitalist economies and the bureaucratic-legal system of government. In relation to this aspect, one may - in the case of the influences of integration policy on private law that come about through the objective goal of achieving the internal market - speak of a law-making policy that is instrumentally and purposively rational. The concept of Rationalization then refers to the replacement of practical and value-rational elements of law by methodically controlled, argumentatively and systematically structured doctrines. This aspect comes to the fore in two dimensions of the integration process. First of all, primary Community law, through its teleology oriented towards market integration, exposes national legal systems to constraints of explanation and justification. This is the meaning of more recent case law in Article 30 and Article 59. But secondary Community law too has similar effects. In so far as the objective goal of market integration can only be attained by using "positive" measures, there has to be mediation among nationally diverse regulatory traditions and interests. Accordingly, Community law-making projects tend to distance themselves from national traditions and clothe themselves as "objectively" rational mediation between the common objective of market integration and regulatory concerns of national legal systems. This does not protect Community law against negotiating strategies by which Member States defend their own traditions and seek to safeguard themselves as to the economic or social effects and changes in the law. Nor are there any invisible rationality guarantees in the Community law-making process. The tendency, however, is for a commitment to the aim of market integration which favours regulatory concepts that meet

18 Cf. W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen 1979, 122 ff. (on the rationalization of law); J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt a.M. 1981, 239 ff.; W. Lübbe, *Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern*, Tübingen 1991, 66 ff.

this objective - if not already in the preparatory phase, then certainly when it comes to the implementation of legislative programmes.

2. *Clarification*

The position that integration initiates a process of Rationalization of law makes a striking contrast to the findings of the preceding analysis of the Directive on unfair contract terms. The presumed contradiction disappears, however, once one focuses more closely on the conditions under which integration policy can promote Rationalization processes. Two conditions seem indispensable at this stage. First, the players that determine the law-making process must be convinced that the advantages associated with a positive legal harmonization measure justify the cost and effort of changing the law. This simple consideration argues against broadly based legislative programmes whose side effects are unforeseeable and therefore incalculable. It argues in favour of projects that concentrate on definable market segments and/or specific sales strategies, in the case of which a uniform legal assessment has obvious advantages. Otherwise, the regulatory content of legal harmonization projects has to derive its persuasive power from the fact that it is in line with the functional conditions for a unitary market. The objective goal of integration has to support and pattern consensus on the replacement of the national law. *De facto*, as G. Majone in particular has shown convincingly¹⁹, the regulatory projects inspired by the internal market programme have in their approaches and regulatory techniques kept (*cum grano salis*) kept to this conceptual framework. The Community has overwhelmingly promoted measures that presuppose a market type organization of the supply of goods and services and concentrate on the correction of market failures. The willingness of Member States, and equally of private actors involved in each case, to accept European solutions is obviously connected with the objective rationality of such regulatory

¹⁹ The European Community between Social Policy and Social Regulation, *Journal of Common Market Studies* 13 (1993), 135 ff.; idem, *Regulation or Re-regulation? Policymaking in the European Community since the Single Act*, EUI Working Paper SPS No. 93/2, San Domenico di Fiesole/FI 1993.

policies. But are the rationality patterns that can be seen in the Community's regulatory policy applicable to private law?

3. *Distributive Justice in Market Integration Law?*

Contract is the core element of private law. This is true for all Community Member States, in line with the basic consensus on the advantages of independent private shaping of economic relations. However, despite the central importance of private autonomy in the contract law systems of Member States and despite the consensus as to the "regulatory functions" of contractual freedom, it has not been established that a common denominator can be found for positive contract law actually in force.

a) "Freedom and Coercion" in Modern Contract Law

Modern contract law has not only to do with guaranteeing freedoms. It is also concerned with the conditions for and effects of such freedoms. "Freedom and coercion", as Friedrich Kessler diagnosed as far back as 1952²⁰, are simultaneously present in contract law, not as a rule-exception

²⁰ Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, FS Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 ff. (the German version of the introductory chapter of F. Kessler/ M. Sharp, Cases on Contract, New York 1953).

situation but more like Siamese twins. One only has to look around. There is no legal transaction of any importance that does not move along legally controlled tramlines. We have "juridified" everything. When a contract is concluded we check whether the parties have "really" acted autonomously; we influence the contents of contracts, their implementation, even the price-performance relationship, preventively through public law quality and safety requirements, statutory provisions on the content of services, or social protection provisions. The division between rights and duties negotiated in contract provisions are checked in courts for equity; the statutory provisions on the amendment, termination and performance of contracts are subject, with differences for each kind of contract, to socially protective provisions and reciprocity requirements.

This twofold structure of autonomy and intervention is not a German particularity. It can be identified across legal systems as a common problem for modern theory and practice of contract law. This is true not only for European Community members states. "Legal realism", "Critical Legal Studies", "Economic Analysis", these were the headings under which a 1988 American conference structured the current debate²¹. In Europe other schools of thought could be pointed to in the various legal systems. But the substantive content of what is being debated is very similar.

b) Integration Problems

Just how similar is it, though? Successful Europeanization of contract law is inconceivable without reconstructing a common reference framework for discussing the premises of contract law, the functional conditions for autonomy of the parties, and the justification for and limits to legal intervention. The most promising theoretical candidate for a Europe-wide common structure for the debate on law of contract is the economic analy-

21 Proceedings and Papers on the Conference on Contract Law: from Theory to Practice, Ann. Survey of American Law 1988, 1 ff.; for an up-to-date survey cf.

sis of law²². This candidate's prospects of success have already been made clear using the example of the Directive on unfair terms in consumer contracts. The example of the Directive shows, however, that the Community has not managed to reach agreement on a one-dimensional efficiency-oriented assessment of general terms of business. Why has this not been the case?

Let us keep to the theoretical approach of economic legal theory, thus seeking to interpret the divergent or further reaching regulatory ideas in the Directive as paternalistic and/or distributive regulatory elements²³. If the 9th Recital promises protection against "unfair exclusion of essential rights", this obviously has to do with limits to contractual freedom following on from unalienable rights and/or with the "materialization of contract autonomy"²⁴. The special treatment of the consumer in connection with the control criteria of Article 3 (1) and many clauses referred to in the Annex document concepts of justice intended to correct typical situations of inequality. I shall refrain from giving any exact breakdown²⁵. In connection with programming a Europeanization of contract law, the primary concern is to ascertain the pre-conditions and significance of a harmonization of distributive aspects of contract law.

E.R. Shell, *Contracts in the Modern Supreme Court*, 81 Cal. L. Rev. 431 (1993), at 495 ff.

- 22 Cf. I 2 above as well as A.L. Leff, *Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clothes*, 115 U. Penn. L. Rev. 485 (1987), at 304 ff.
- 23 Cf. in parallel S. Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 Col. L. Rev. 931 (1985); W.R. Walz, *Ökonomische und rechtssystematische Überlegungen zur Verkehrsfähigkeit von Gegenständen*, in: C. Ott/ H.-B. Schäfer (eds.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Berlin-Heidelberg-New York 1989, 93 ff.
- 24 Cf. Ch. Joerges, *Status and Contract in Franchising Law*, in: idem (ed.), *Franchising and the Law*, Baden-Baden 1991, 11 ff., 31 ff., 66.
- 25 Cf. in American literature A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 Yale L.J. 472 (1980); the same, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 Yale L.J. 763 (1983).

c) Universalism and Particularism in Contract Law

Again, questions practical, strategic and normative arise. My position is that efficiency (economic rationality) and distributive justice (social rationality) of contract law are complementary to one another. But decisions as to questions of distributive justice have to take economic and social contextual conditions into account, which are not uniform across Europe, and in principal derive their normative quality and social acceptance from procedures that - for the time being - are still primarily available within legal systems integrated on a nation-state basis. This position has a pragmatic component and a legal theoretical one. Questions of distributive justice arise in the context of conflicts of interests which need to be presented as "justified" legal claims. Any evaluation of such conflicts will first seek to clarify the possible effects and expediency of giving preference to one specific claim.

The cognitive basis for such decisions and assessments of their consequences is by definition far from perfect. For this reason alone, but also because even in assessing the advantages and drawbacks of contractual practices, moral intuitions and culturally marked preferences apply, positive law decisions cannot without further ado lay claim, as it were, to universal validity.

This is by no means a credo of skepticism as to values, still less an anti-rational appeal to "national" worlds of feeling. It is not the universal claim of norms of justice that is in question, but the conditions surrounding justice in decisions: the importance of respective context of application and the constitutive significance of interplay of legislation, case law, academic legal science and the interested public in the quality of normative decisions²⁶.

26 For the theoretical basis cf. Ch. Joerges, *Formale Freiheitsethik, materiale Verantwortungsethik und Diskursethik im modernen Privatrecht*, in: F.U. Pappi (ed.), *Wirtschaftsethik, Gesellschaftswissenschaftliche Perspektiven*, Kiel 1989, 127 ff.

III. The Contest of Legal Disciplines

Do all these theoretical considerations merely reflect imaginary problems? And if the theoretical considerations have their *fundamentum in re*, are there alternatives to a harmonization of private law justified on integration policy grounds? The following section will seek to answer these two questions, simultaneously but step by step. The approach is as indicated in the title. The point is first to show that the criticism of European legal harmonization policy present in the individual disciplines brings out aspects that fit in with the previous theoretical considerations²⁷. It must, however, then also be shown that the viewpoints of the individual disciplines do not do adequate justice to the integration issues, and accordingly ought to change their agenda.

1. *Particularism and Rationality of National Legal Science*

"The learned jurist", noted Kant in his description of the "Peculiarities of the Law Faculty"²⁸ seeks the law "not in terms of its reason, but in the published statute book, sanctioned by highest authorities. One cannot fairly expect from him the proof of the latter's truth and justice, or its defence against objections of reason brought against it". In this view, jurists would only have to record what changes Community law, sanctioned by the highest authority, required of the previously sacrosanct statute books. In fact, jurists have done more. While the strikingly long and yet unobtrusive preparatory work of the Commission remained largely unnoticed²⁹, the first draft published in 1990³⁰ offered fuel for decisive criticism, particularly

27 The following survey is incomplete. It neglects the international standardization of private law as well as endeavours towards a renewal of the European *ius commune* on a historical basis.

28 I. Kant, *Der Streit der Fakultäten*, (ed. by W. Weischedel), Darmstadt 1971, vol. 9, 277 ff., 287.

from Germany, the country with the most comprehensive experience of legislative and judicial control. The base for the criticism was that Community law was threatening an established, well-functioning core area of German contract law³¹; the content was inconsistent and ignored practical experience at hand. These objections went against the quality (the substantive rationality) of the Commission proposal. But such criticism cannot simply declare one's own law to represent the best of all possible worlds. It must develop criteria of non-positive validity which at least hypothetically also question national law.

In the short period between the submission of the Commission's first draft, its revision in 1992³² and the adoption of the Directive in April 1993, this process of the "de-positivation" and "de-nationalisation" of the science of private law hardly had time to develop. The most influential German contribution³³, which addressed all the key questions of the Directive in need of discussion, uses as its foundation some themes that are very familiar in Germany, but only in Germany: the "basic homogeneity of private law"³⁴ - an argument referring to the disputes on legislative initiatives in the late 1960s and early 70s aiming at a partial substitution of the German Civil Code; the "regulatory" and/or "*ordnungspolitische*" functions of private autonomy - a reference to Schmidt-Rimpler's doctrine³⁵ on contract and German neo-liberal theory of private law³⁶; the distinction between the

29 But see the documentation of the various preparatory stages by P. Ulmer, in: P. Ulmer/ H.E. Brandner/ H.-D. Hensen, *AGB-Gesetz*, 5th ed., Köln 1987, Einl. Rdnr. 58 ff. For a recent summary of the legislative history cf. H.-W. Micklitz, *AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen*, ZEuP 1993, 522 ff.

30 OJ C 243/1990, 2.

31 Cf. only H.-J. Bunte, *Gedanken zur Rechtsharmonisierung in der EG auf dem Gebiet der mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, FS Horst Locher, München 1990, 325 ff.

32 OJ C 73/1992, 7.

33 H.-E. Brandner/ P. Ulmer, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EEC-Commission*, CMLR 28 (1991), 647 ff.

34 Loc. cit., 702.

control approaches for standardized and negotiated terms according to the criteria of "disproportionate disadvantage" on the one hand, and the "basic idea of statutory provisions" or "right arising from the nature of the contract" on the other³⁷. Since adoption of the Directive, the prime question has been whether the text sanctioned by the highest authority requires amendments to the national statute books. In Germany the need for action, defined in this way, seems marginal³⁸. Correspondingly, articles on the Directives' importance for German law of contract did not need to add anything greatly new; to the extent that they raised conceptual differences between European and German contract law for discussion at all, they have kept to the national pattern of argumentation³⁹.

2. *The Failures of Private International Law*

Dealing with different legal systems is a systematic part of the traditional province of private international law. Since private international law promises to organize transaction between states without questioning the integrity of national legal systems, the idea suggests itself of considering a

35 Grundlagen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 ff.; Zum Vertragsproblem, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 3 ff.; on continuity and discontinuity in Schmidt-Rimpler's approach cf. H.-J. Pflug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1986, 132 ff.

36 Loc. cit., 704.

37 Loc. cit..

38 Cf. P. Ulmer, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, 337 ff.; H. Heinrichs, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, NJW 1993, 1817 ff. Cf. the instructive survey of E. Hondius, EC-Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Towards a European Law of Contract, typescript Utrecht 1994.

39 Cf. P. Hommelhoff/ K. Wiedemann, AGB gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 526 ff.; R. Damm, Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, JZ 1994, 161 ff. But see the instructive comparative references in O. Remien, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld, ZEuP 1994, - (forthcoming).

European law on conflict of laws pursuing the ideal of harmony of decision, as an alternative to harmonizing substantive private law⁴⁰.

Does aiming at similarity in private international law decisions lead to a sound balance between economic efficiency and distributive justice in European law of contract? An answer to this question depends first of all on what law the relevant rules assign the upholding of the distributive aspects, and how these assignments fit in with the endeavour towards rationalization of international transactions. According to the provisions in Article 5 of the Rome Convention (Article 29 EGBGB), binding protective law in favour of the "passive" consumer applies in international cases too. The "active" consumer who turns to foreign supplies must by contrast make do with the protective level of the foreign law. If one takes the differences between systems of private law as given, it is hard to conceive of any other solution. The objectives (including the economic rationalization effect) of controls over standardized terms would be void if substantively different sets of clauses were to be accepted in the light of their compliance with a foreign legal system, or declared ineffective because of their non-compliance with foreign provisions⁴¹. But the domestic rationality of this starting point also denotes its weakness from the integration viewpoint. The rules of the Rome Convention require *both* sides, suppliers and consumers, to adjust to the foreign law. They do not have regard to the intensity of transnational economic transactions and the internationalization of contractual practices. Private international law respect for national law refers to the sovereignty of legislators.

The relevant provisions of the Directive go one step beyond this. According to Article 8, the Directive is to bring about minimum standards

40 Cf. only K.F. Kreuzer, Die Europäisierung des internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts - in: P.-C. Müller-Graff, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, 273 ff.; and note the failure of the efforts to allocate to the ECJ the power of authoritative interpretation of the Convention.

41 Cf. G. Kegel, *Die Bankgeschäfte im deutschen internationalen Privatrecht*, FS Reimer Schmidt, Berlin 1986, 215 ff., 222.

of consumer protection in Community law. Whether this objective might be realized is, however, anything but clear, since the Directive is to control "terms", not "laws".

To the extent that standardized terms organize contractual practices not yet covered by law, control over terms may lead to legal regimes specific to contracts. But a balance has to be found here between economic efficiency and distributive justice. How could private international law contribute to the search for that balance?

The extrapolation of the minimum standard in Community law leads substantively beyond the special allocation of protective tasks by private international law. The unequal treatment of the "active" and "passive" demander thus seems more easily acceptable. This supra-imposition of Community law on private international law is a response to the latter's weakness from the integration viewpoint. The readiness of consumers to expose themselves to an unknown legal system will be enhanced once they are assured that such law contains a core of a protective standard in Community law. But this remains a second-best solution from the integration viewpoint. In particular, it neglects interests in sales strategies uniform all across Europe. To protect such interests, Article 8 refers to primary Community law, in particular to Article 30. This provision has then to perform a twofold task in substantive law and conflict of laws; it has to ensure that the protective provisions adopted by the Member States remain "Community acceptable" and that Member States, when deciding on choice-of-law issues will take account of integration policy requirements⁴². We shall return to this point⁴³. For the moment, however, the following should be regarded as established: private international law, by respecting national legal systems as such, brings into play a viewpoint which in European law has a "constitutional" validity. This at the same time means that material (distributive) concerns of national legal systems come to bear in

42 Cf. W.-H. Roth, *Das Allgemeininteresse im europäischen Versicherungsvertragsrecht*, VersR 1993, 129 ff., 133 ff.

43 IV below.

European law of contracts. The integration policy objectives of the Europeanization of contract law cannot, however, be advanced by private international law as long as it is geared solely towards the ideal of harmony of decisions within Europe⁴⁴. This orientation is neither in line with the criteria of an economically efficient law of contract in the internal market, nor does it bring criteria of distributive justice to bear in such a way as to promote the emergence of a common European law of contract⁴⁵.

3. *The Limits to a Comparative Approach*

By contrast with private international law, which accepts differences between legal systems as a fact and seeks rules for dealing with such differences, comparative analyses are always also directed at achieving relativity between the substantive importance of differences in laws. It gains distance from the national particularities of private law by defining issues common to the legal systems studied, interpreting rules, dogmatic constructions and argumentative practices functionally as solutions to problems, identifying recognized legal principles across legal systems by disclosing functional equivalencies or where this is not possible, taking inspiration for legal innovation from insights and experience derived from the legal systems under scrutiny.

44 The parties' autonomy in conflict of law is the "classical" efficiency rule of international private law; however, this rule does not apply to consumer contracts and is in any case inappropriate with regard to AGB (general business conditions) (see I 2 below).

45 Cf. in this context the reservations regarding regulatory mechanisms of international private law in the Commission's Green Book on guarantees, COM (93) 509 final of 15 Nov. 1993 (international private law is an obstacle to the development of European marketing strategies and the corresponding standardization of regulations, loc. cit., at 71) and in the Commission's Green Book on the access of consumers to the law and on the settlement of legal disputes of consumers in the internal market, COM 93 (576) final of 16 Nov. 1993 (in international affairs, the procedural law of the respective lex fori opposes the intervention of foreign authorities or consumers' associations drawing attention to "foreign" interests, while it negates the need of legal protection of domestic authorities and consumers defending "foreign" concerns, loc. cit., at 76).

All this entitles comparative law to lay claim to a leading position in the process of Europeanizing contract law. Its methodological approach in any case comes to meet the instrumental and purposive rationality of legal harmonization. Its interest in the functional equivalence of different regulatory approaches predestines it to determine legal principles around which consensus can be formed. Its sensitivity to the foundations, the deep structures and the cultural dependences of law should be able to teach legal harmonization policy something about the prospects of success for harmonization measures. But how far do the possibilities for comparative law to point the way reach in the process of integration? Is the comparative approach capable of finding the right balance between economic efficiency and distributive justice in European law of contract?

One condition for this would be that "comparative law" should persistently develop further into non-positivist theoretical legal discourse. The regulatory functions of private autonomy and binding law of contract are not unambiguous, immovable givens in any one place. They can be defined only in the context of theories that in turn compete over the right interpretation of the law in force, and its further development. Comparative law's opportunity as comparison of legal science lies in the fact that, through the discussion of the reference problems of contract law, it contributes to Europeanizing the debate on law of contract and thus to "rationalizing" discourse in legal science. But even if this can be achieved, important basic practical problems of integration policy in harmonization of contract law are not readily "resolved"⁴⁶. The normative quality of European law is also to be measured by the legitimacy of its procedures for producing law. And the commitments to integration of nationally organized legal systems certainly concern constitutional questions and dimensions of the European Union. Comparative law has to focus on all these reference problems in order to be able to contribute to solving them.

46 Cf. similar questions in R.M. Buxbaum, *Rechtsvergleichung jenseits des Nationalstaats*, in: *Ansprachen aus Anlaß der Ehrenpromotion von Prof. Dr. h.c. Richard M. Buxbaum* (ed. by the Faculty of Law of the University of Osnabrück), Köln-

IV. European Supremacy?

So far all that has been talked about is the re-orientation the integration process requires of substantive law, private international law and comparative law. Does that mean European law should have the highest place in the ranking order of the disciplines? This concluding section is intended to show that any mechanical application of the *aquis communautaire* of European law to a directive such as the one on standardized terms of consumer contracts would be counter-productive. European law has to take the justified interests of private law disciplines seriously, and do some re-thinking of its own.

1. *Supremacy Claims*

The validity claims of European law developed by the ECJ in the process of consolidating the EEC-Treaty into a supra-national legal system of constitutional quality are far-reaching⁴⁷. Community law provisions apply directly, where they are adequately defined. Correspondingly, freedoms guaranteed in the Treaty are the basis for individual rights of citizens of the Union. The bar on barriers to trade in principle in Article 30 is directed not only against unilateral protectionist economic policies, but also obliges Member States very generally to take the goal of integration into account in legislation and case law⁴⁸. Not only the primary law, but also secondary Community law requires supremacy. Thus, all national law has to be interpreted in conformity with European directives, and it fits the constitutive

Berlin-Bonn-München 1993, 25 ff.; A. de Moor, *Contract, Justice and Diversity in the Remaking of Europe*, *Rechtstheorie* 1993+, 71 ff.

47 Cf. with special emphasis on private law M. Lutter, *Die Auslegung angeglichenen Rechts*, *JZ* 1992, 593 ff.; P.-C. Müller-Graff, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, *NJW* 1993, 13 ff., 20 ff.

48 Cf. the subtle attempt of rationalisation in W.P.J. Wils, *The search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing?*, *ELR* 1993, 475 ff.

importance of law in integration that the competence in interpreting Community law is allocated to the ECJ.

All these principles are part of the *acquis communautaire*. But the impression of their systematic conceptual stringency is deceptive. They are employed subtly, and sometimes in contradictory fashion. Particularly the case law on Article 30 has sought to align the requirements of market integration with the regulatory pose and interests of Member States. Binding private law is treated with great if not exaggerated caution⁴⁹, and now, after the recent turn of the ECJ's jurisprudence on Article 30⁵⁰, it seems hardly possible to predict at the end of 1993 under what conditions the ECJ might equate private law provisions with product regulations rather than proscriptions of mere "sales methods". Similarly, secondary Community law too does not appear with rigid validity claims. As a rule, it contains safeguard clauses and/or time limitations providing for legal innovation; otherwise, the doctrines of primacy and preemption are made flexible by interpreting the "meaning" of legal harmonization.

The attempt to define Community law's potential of determining the implementation of the Directive on unfair terms in consumer contracts through a systematic exegesis of the relevant case law would be a labour of Sisyphus. It is therefore advisable first to ascertain the conceptual dimension of control over the development of private law by European law.

2. *Rationalization Conditions and Legitimation Requirements*

If the purposively rational instrumentalisation of private law by integration policy is to be taken seriously, then it must be compared with the functional requirements and regulatory patterns of the Community's regu-

49 Cf. E. Steindorff, *Privatrecht und europäischer Binnenmarkt*, in: G. Brüggemeier (ed.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 131 ff., 140 ff.

latory projects aimed at achieving the internal market. These programmes are not a monolithic unit, but are being pushed forward at various regulatory levels and use a variety of techniques according to the substantives areas involved in each case. It must suffice here⁵¹ to contrast these regulatory policy frameworks first with some basic features of primary Community law and then with the specifics of private law.

(1) The freedoms in the Treaty on European Union, the commitment to a system of undistorted competition, the binding of Member States by Article 30, the mutual recognition of regulatory systems, the verifiability of national regulations for compatibility with Articles 85 and 5, can all be, and have been, interpreted as core elements of an "economic constitution" that fits in with the neo-liberal vision of a European "society of private law"⁵². But this interpretation grasps the content of integration law only selectively. It has to abstract from the realities of the modern development of private law; it must also refuse recognition, in too undifferentiated a way, to the normative reasons justifying "regulatory" elements in private law. This dilemma is clearly visible in the example of the Directive on unfair terms in consumer contracts. The conceptual weakness of this legislative act does by no means endorse the superiority of a "non-political" supra-national private law society; it rather confirms that the Europeanization of private law will have to come to terms with both of its components - with "freedom *and* coercion", autonomy *and* regulation.

50 Cf. Case C-267/91 and 268/91, Judgment of 24 November 1993 - Keck, ZIP 1993, 1813 with annotations N. Reich; Case C-292/92, Judgment of 15 December 1993 - Hünermund, EuZW 1994, 119.

51 For more details cf. Ch. Joerges/ G. Brüggemeier, Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: P.-C. Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, 233 ff., 238 ff., 276 ff.; Ch. Joerges, *Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht*, in: G. Brüggemeier (ed.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 91 ff., 105 ff.

52 E.-J. Mestmäcker, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, RJ 10 (1991), 177 ff.

(2) Practical and normative difficulties of integration of law of contract are more clearly perceptible than in the neo-liberal vision if they are compared with the regulatory patterns of regulatory policy proper. In the areas of economic regulation, Community law typically applies in multi-dimensional fashion. It harmonizes basic rules, provides for the mutual recognition of remaining regulatory differences, entrusts national bodies with supervisory tasks, organizes cooperation by such authorities and leaves the Member States with freedoms to define and put through their "general national interest". In the sphere of social regulation, the pressure for uniform regulations is usually stronger. To prepare regulatory measures and "implement" Community law, European wide policy networks have emerged, in which interest groups come to agreements, technical and economic experts verify the quality of regulatory decisions, and administrative experts and government representatives, in cooperation with the Commission, are to ensure the political accountability of regulatory decision making. There is no room here to go into detail. All that can be stated is that European regulatory policy can rely on infrastructures and coordination mechanisms that have to justify their functionality and also mediate their legitimacy.

(3) In private law, other conditions apply. Legislators intervene - in much the same way in Common Law and Civil Law countries⁵³ - only selectively. The main burden of developing the law is borne by the judiciary. For that reason alone, the patterns of administratively implemented programmes of regulatory policy cannot be transferred to "private law policy". This is even more true of legal harmonization for integration policy reasons. This emerges clearly in the Directive on unfair terms in consumer contracts. Its regulatory interest and the positive form this is given as a general clause is in line with national models. But the integration policy interest in legal harmonization and the substantive interest in control over contract cannot fit together, because the Directive leaves "implementation" of its programme to national legal systems,

53 With regard to American law cf. G. Calabresi, *The Common Law in the Age of Statutes*. Cambridge, MA-London 1982.

confining its truly European concepts to a minimum and refraining from institutionalizing infrastructures that might favour coordinated law-making procedures.

Thus, the Europeanization of law of contract terms remains dependent on the general legal principles as to the relationship between national and European law; the ECJ would thus have to identify the Europeanized components of the law of the Directive and define their meaning. National courts or the competent administrative authorities of Member States are expected to refer pertinent questions to the ECJ. Private parties are to accept delays of 1 or 2 years when pursuing their actions⁵⁴. Those courts that have found their way to a discursive style of reasoning, with well-considered justifications, are to decipher the often ephemeral and sometimes opaque pronouncements from Luxembourg. To sketch out this sort of scenario is to argue that it is neither practically conceivable nor normatively convincing. Comprehensive Community control "from above" is not endorsed by merely functional Community powers in general and does not fit with the allocation of competences for finding and developing the law under the Directive in particular. Community law will rather have to structure its influence on private law by legal principles that mediate between integration policy objectives and the modes of legitimation of the production of private law⁵⁵. Such principles might tentatively be framed as follows: Community law starts from the legitimacy of national development of private law. It respects legitimate regulatory interests and checks their compatibility with essential tasks of the Community. The ECJ does not appeal simply to the logic of supremacy, but gives justifications for why the Community's regulatory interest takes greater weight than national law's claim to validity. It sees its function in the Europeanization of private law not as a super-ordinate appeal court concerned with the homogeneity of Community private law, but recognizes the substantive competences of national courts and the specific value of national legal cultures; it classifies

54 Cf. J.P. Jacqué/ J.H.H. Weiler, *On the Road to European Union - A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference*, CMLR 27 (1990), 185 ff., 188.

differences in legal developments not only as a threat to the homogeneity of European law and/or a new obstacle to trade, but sees them as striving at reasonable responses to practical issues; in substantive statements in its judgments it takes account of the arguments of courts in the Member States, thereby stimulating inter-state judicial discourse; it explains why interpretive differences act as a limitation on the Community's regulatory tasks.

Conclusion

This normative scenario is not an entirely free-floating invention. It builds on the forces driving for Europeanization of the economy, interest in Europe-wide marketing practices, and the practical advantages of common European rules and principles. It assumes that common principles of justice in Europeanized contract practices, despite all the differences of national cultures, can be rationally justified. Such selective Europeanization of contract law will then lead to new ruptures and inconsistencies in the legal systems of Member States. The building blocks of European law will thus remain exposed to critical debates, and in turn exert their own pressures for justification. A logic of integration that bases itself on selective interventions and puts up with their disintegrative consequences contains potentials for Rationalization - and rationalization processes are painful.

55 See I 1 above.

Rationalisierungsprozesse im Recht der Produktsicherheit: Öffentliches Recht und Haftungsrecht unter dem Einfluß der Europäischen Integration*

GLIEDERUNG:

I.	Rechtstheoretischer Bezugsrahmen	30
1.	Rationalisierungsprozesse und regulatives Recht.	31
2.	Risiken und Risiko-Bewertungen.	33
3.	Produktsicherheit und Europäische Integration	37
II.	Produktionssicherheit als Rechtsproblem	39
1.	Ausgangspunkte	40
2.	Modernisierung des Rechts der Produktsicher- heit I: Öffentliches Recht	43
3.	Modernisierung des Rechts der Produktsicher- heit II: Haftungsrecht.	55
III.	Normativität und Rationalisierung des Rechts.	67
1.	Die Grenzen rechtlicher Steuerung und die Prozeduralisierung des Rechts.	68
2.	Verrechtlichung der "Entdeckungsverfahren der Praxis"	72
3.	Resümee.	79

* Der Beitrag ist zugleich ein Arbeitsbericht aus dem Gradu-
iertenkolleg "Risikoregulierung und Privatrechtssystem" an
der Universität Bremen.

Vorbemerkung

Es geht im folgenden um eine Dokumentation von Entwicklungen im öffentlichen Produktsicherheitsrecht und im privaten Haftungsrecht, aber auch um eine Analyse und Interpretation der Regelungsfunktionen dieser Materien. Der Ausgangspunkt der Interpretation wird durch die Kategorie der "Rationalisierung" im Obertitel des Beitrags bezeichnet. Dieser Ausgangspunkt entspreche - dies ist die These des Untertitels - dem Einfluß, den das Recht der Europäischen Gemeinschaft¹ auf das Recht der Produktsicherheit ausgeübt hat und ausüben wird. Um diese Aussagen plausibel zu machen, sind einführende Erläuterungen unumgänglich (unten I). Der Hauptteil des Beitrags soll dann die maßgeblich durch das Sachziel der Herstellung des Binnenmarktes motivierten Entwicklungen des Rechts der Produktsicherheit beschreiben und prüfen, ob und inwieweit sie sich tatsächlich als eine Rationalisierung des Rechts begreifen lassen (unten II). Im Schlußteil wird dann der theoretische Interpretationsrahmen noch einmal aufgegriffen und präzisiert (unten III).

I. Rechtstheoretischer Bezugsrahmen

Was ist unter "Rationalisierungsprozessen" im Recht zu verstehen und was bedeuten diese Prozesse für die normativen Qualitäten des Rechts? Wie wirken sie sich auf den praktischen Umgang mit den Sachproblemen des Rechts der Produktsicherheit aus? Inwiefern läßt sich gerade den auf die Herstellung des Europäischen Binnenmarktes gerichteten Einflußnahmen der Gemeinschaft eine "rationalisierende" Tendenz zuschreiben? Diese Fragen bilden den Bezugsrahmen der Untersuchung.

1 Der Beitrag wurde vor der Ratifizierung des Vertrages von Maastricht abgefaßt. Die europarechtliche Terminologie wurde nicht geändert.

1. Rationalisierungsprozesse und regulatives Recht

Wenn von Rationalisierungsprozessen die Rede ist, stellen sich geradezu zwangsläufig Assoziationen an Max Weber her. Max Weber hat bekanntlich die Ausbildung des modernen Rechts in den Gesamtzusammenhang des okzidentalischen Prozesses der Rationalisierung gestellt und dabei zwei Phasen unterschieden. Zunächst, im Zeitalter des rationalen Naturrechts, löste das Recht sich von religiösen Weltbildern und traditionellen Bindungen, um eine weltliche Grundlegung zu erfahren: In Deutschland durch die zeitgenössischen Rechtsphilosophen, im revolutionär-aufklärerischen Frankreich durch eine "rationale Gesetzgebung"². Danach verliert sich dieser Begründungszusammenhang. Nach Max Webers eigener Zeitdiagnose ist das moderne Recht nur noch als "*positiv gesetztes*" Recht angemessen begreifbar. Die Rationalität dieses Rechts ist nicht mehr praktisch-werrational begründet, sondern beschränkt sich auf seine "Zweckrationalität", die der Ko-Evolution mit der bürokratisch-legalen Herrschaftsordnung und der Rationalität der kapitalistischen Wirtschaft entspricht³. Diese Analyse der Formalität des modernen Rechts im allgemeinen und des Privatrechts im besonderen hat ihre Aktualität bewahren können, weil sie wechselseitige Abhängigkeiten zwischen politischer Herrschaft, der Organisation der Wirtschaft und den Strukturen des Rechts identifiziert hat.

Um diese sehr abstrakten Aussagen in einer ersten Annähe-

- 2 M. Weber, Rechtssoziologie (hrsg. von J. Winckelmann), 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1967, 315.
- 3 Ausführlich: W. Schluchter, Die Entwicklung des okzidentalischen Rationalismus, Tübingen 1979, 122 ff. (speziell zum Recht); J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. I, Frankfurt/ M. 1981, 239-252; H. Treiber, "Wahlverwandtschaften" zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, in: S. Breuer/ H. Treiber (Hrsg.), Zur Rechtssoziologie Max Webers, Opladen 1984, 6 ff., 33 ff.; W. Lübke, Legitimität kraft Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei

rung zu konkretisieren: Das gesamte Produktsicherheitsrecht läßt sich als Instrumentalisierung des Rechts im Hinblick auf ein bestimmtes Sachziel, eben die Gewährleistung der "Sicherheit" von Gütern beschreiben. Für die ursprünglich primär verbraucherpolitische Programmatik der EG hat das amerikanische Recht vorbildhaft gewirkt⁴. Es hat für eine systematische Ermittlung von Unfällen und Unfallursachen gesorgt, die Verfahren der Entwicklung von Produktsicherheitsstandards normiert, Kriterien für die Entscheidung über die Prioritäten der Produktsicherheitspolitik formuliert, ein abgestuftes Instrumentarium rechtlicher Reaktionen (Verbote, Warnungen, Informationspflichten, Rückrufe) eingeführt - und diesem Vorbild ist das Europäische Recht, wenn auch zögerlich und mit abgewandelten, insbes. dem deutschen technischen Sicherheitsrecht nahestehenden Regelungskonzepten gefolgt⁵. Die Entwicklungen des Haftungsrechts sind weniger geradlinig. Aber schon der Umstand, daß es üblich geworden ist, nicht nur die Ausgleichsfunktionen haftungsrechtlicher Regeln, sondern auch ihren Auswirkungen auf das Niveau der Produktsicherheit rechtliche Relevanz zuzuschreiben, daß überdies haftungsrechtliche Sondergesetze auf spezifische Sachprobleme reagieren⁶, mag als vorläufiger Beleg für die Rationalisierungsthese genügen.

Allerdings muß ein Rückgriff auf Max Webers Theorie der Rationalisierung mit erheblichen Vorbehalten rechnen. Webers Qualifikation des modernen positiven Rechts "als eines rationalen, daher jederzeit mit zweckrational umzuschaffenden, jeder inhaltlichen Heiligkeit entbehrenden technischen Apparats"⁷ unterstellt, daß die Zwecksetzungen, denen das formal-rationale

Max Weber und seinen Kritikern, Tübingen 1991, 66 ff.

4 Vgl. näher unten II 2 a.

5 Vgl. unten II 2.

6 Vgl. unten II 3.

7 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (hrsg. von J. Winckelmann),

Recht dienen soll, außerhalb des Rechtssystems angesiedelt werden könnten. Folgerichtig hat Weber vor dem Eindringen "material-rationaler" Elemente in das positive Recht gewarnt. Diese Warnungen haben nicht gefruchtet. Die Frage, wie das "post-formale" Recht die ihm zugewachsenen Steuerungsaufgaben bewältigen und dabei seine Rationalität - trotz oder wegen jener "material-rationalen" Elemente - behaupten könne, beschäftigt die Soziologie des Rechts und die Rechtstheorie seit Jahrzehnten⁸. Diese allgemeine Debatte ist hier nicht zu verfolgen. Es kommt aber darauf an, ihren Zusammenhang mit den spezifischen Problemen des Rechts der Produktsicherheit im Auge zu behalten. Den naheliegendsten Bezugspunkt hierfür liefert die Risikokategorie: Wenn das (öffentliche) Recht die "Sicherheit" eines Produktes bestätigt, das Haftungsrecht die Grenzen der Sorgfaltspflicht definiert oder Produkte für fehlerfrei erklärt, so besagt dies ja nichts anderes, als daß die Risiken, die mit dem Gebrauch solcher Produkte verbunden sind, als akzeptabel gelten.

2. *Risiken und Risiko-Bewertungen*

Wenn von Risiken die Rede ist, pflegen sich Assoziationen mit tiefgreifenden Krisen der industriellen Produktionsweise und der Überforderung politisch-rechtlicher Institutionen durch die Probleme der "Risikogesellschaft"⁹ einzustellen. Es ist geradezu üblich geworden, die Risikoproblematik als Beleg für das Scheitern des modernen Rationalisierungsprozesses ins Feld zu füh-

Köln-Berlin 1964, 656.

- 8 Vgl. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1992, 118 ff.; Ch. Joerges, *Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies: Points of Contact and Divergencies* in: Ch. Joerges/ D.M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 597 ff, 611 ff.
- 9 U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*,

ren¹⁰. Angesichts derartiger Verunsicherungen ist ein knapper Exkurs zur Karriere des Risiko-Begriffs sinnvoll.

Im Jahre 1921 hat Frank Knight mit dem sicheren Blick eines den Rationalitätskriterien seiner Disziplin verpflichteten Ökonomen zwischen "uncertainty" und "risk" unterschieden¹¹. Risikohandeln geschehe "berechnend" - und verwandele durch diese Kalkulation bloße Unsicherheiten in Risiken. In diesem Sinne kann man dann die Transformation von Unsicherheiten in Risiken geradezu als ein Spezifikum der Moderne bezeichnen¹². In dieser soziologischen Deutung ist die systematische (nicht-soziologische) Risikoforschung ein Kind des Prozesses der okzidentalen Rationalisierung. Die Risikoforschung hat sich ja gleichsam als gesellschaftliches Beobachtungs- und Begleitorgan der industriellen Produktionsweise herausgebildet und sich - wie diese Produktionsweise selbst - immer weiter verfeinert¹³. Dies gilt für alle ihre Fragestellungen und Methoden: die Ermittlung von Gefahrenlagen und die Analyse von Risiken ("Risiko" = Schadenserwartungen x Eintrittswahrscheinlichkeit), die Formalisierung und Objektivierung der Entscheidungen über das angemessene Sicherheitsniveau (Risk-Assessment-Verfahren und Kosten/Nutzen-Analysen) sowie, last but not least, die Untersuchung der Tauglichkeit - rechtlicher oder nicht-rechtlicher - Instrumentarien der Risikosteuerung. Es handelt sich heute um eine

Frankfurt a.M. 1986.

- 10 Vgl. K.P. Japp, Das Risiko der Rationalität für technisch-ökologische Systeme, in: J.Halfmann/ K.P. Japp (Hrsg.), Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale, Opladen 1990, 34 ff., 45.
- 11 F.H. Knight, Risk, Uncertainty and Profit (1921), 2. Aufl., Chicago 1965, 3 ff.
- 12 Vgl. näher W. Bonß, Unsicherheit und Gesellschaft. Argumente für eine soziologische Risikoforschung, Soziale Welt 42 (1991), 258 ff.; W. Krohn/ G. Krücken, Risiko als Konstruktion und Wirklichkeit, in: dies. (Hrsg.), Riskante Technologien: Reflexion und Regulation, Frankfurt a.M. 1993, 9 ff.
- 13 Als repräsentative Darstellung vgl. A.F. Fritzsche, Wie sicher leben wir? Risikobeurteilung und -bewältigung in unserer Gesellschaft, Köln

breite interdisziplinäre Aktivität, die in dem hier im Vordergrund stehenden Bereich der Produktsicherheit Ingenieure und Naturwissenschaftler zahlreicher Disziplinen beschäftigt.

Einen Reputationsverlust hat die konventionelle Risikoforschung hinnehmen müssen, seit die sog. neuen Risiken in den Mittelpunkt der allgemeinen und der sozialwissenschaftlichen Aufmerksamkeit gerückt sind. Als ein Erkennungszeichen dieser Risiken gilt die Akzeptanz-Problematik, der Umstand also, daß trotz aller Bemühungen um eine Objektivierung der Entscheidungsmaßstäbe von Risikobewertungsverfahren die Vorbehalte, Kritiken und Ängste der von solchen Verfahren Betroffenen häufig genug nicht auszuräumen sind. Solche Akzeptanz-Probleme sind soziologisch gut erklärbar¹⁴. Sie hängen überdies mit theoretischen Einsichten in die Unsicherheiten von Risikobewertungsverfahren zusammen. Die "neuen" Risiken sperren sich gegen objektivierende Bestimmungen, weil nicht erst der Eintritt von Schäden, sondern schon die "Qualität" von Risikolagen unsicher ist¹⁵. Solche Risiken lassen sich typischerweise nur in theoretisch-wissenschaftlichen Modellen erfassen, die mit hypothetischen Ursachen- und Wirkungszusammenhängen operieren müssen¹⁶. Bei solchen Wissensmodellierungen stellen sich immer wieder und unvermeidlicherweise Auswahl- und Bewertungsfragen, für die es grundsätzlich keine rein objektiven wissenschaftlichen Maßstäbe geben kann¹⁷. Erst recht gilt dies auf der Stufe der ei-

1986.

- 14 Vgl. G. Bechmann, Risiko - ein neues Forschungsfeld?, in: ders. (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, Opladen 1993, VII ff., IX ff.
- 15 Vgl. statt vieler W. Krohn/ G. Krücken, a.a.O. (Fn. 12), 21 ff.
- 16 Hierauf weist K.-H. Ladeur immer wieder sehr eindringlich hin; vgl. zuletzt: Risiko und Recht. Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft. Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, Opladen 1993, 209 ff.; ders., Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und administrativer Sicherheitskontrolle. Prozeduralisierung von Sicherheitspflichten in vergleichender Perspektive, BB 1993, 1303 ff.

gentlichen Risikobewertung. Für die ethischen Dimensionen und auch für die distributiven Konsequenzen des Urteils über die Akzeptabilität von Risiken ist eine *ausschließliche* Zuständigkeit wissenschaftlicher Experten nicht begründbar.

Sind deshalb Bestrebungen nach einer Rationalisierung des Umgangs mit Risiken zum Scheitern verurteilt? Es liegt nahe, ist aber unzureichend dieser Frage einfach durch einen Verweis auf die Struktur der im Recht der Produktsicherheit gemeinhin zu verhandelnden Risiken auszuweichen. Die "alten", durch Erfahrungswissen beherrschbaren lassen sich von den "neuen", nur unter Unsicherheit beurteilbaren, Risiken nicht im Sinne rechtlicher Gebietsaufteilungen trennen. Die Verfeinerungen des Risikowissens führen eben immer wieder zur Entdeckung neuer Risiken auch konventioneller Produkte - mit der Folge, daß die überkommenen Regelungstechniken sich als unzulänglich erweisen. Deshalb geht es auch bei den kognitiven Grundlagen des Rechts der Produktsicherheit - nicht anders als bei den allgemeinen Auseinandersetzungen um die Rationalisierungsprozesse im Recht - um die "Rationalität" von Rationalisierungsstrategien: Wenn es richtig ist, daß sich "nicht-formale" Elemente aus dem wissenschaftlichen Verfahren der Risikobeurteilung so wenig eliminieren lassen wie aus den Verfahren der Rechtsgewinnung, so muß die Berücksichtigung eben dieses Umstandes als Voraussetzung für einen "rationalen" Umgang mit Risiken gelten. K.S. Shrader-Frechette, die hier nur stellvertretend genannt sei, plädiert deshalb für eine Prozeduralisierung wissenschaftlicher Objektivitätsansprüche¹⁸. Bei der Risikoermittlung sollen konkurrierende Ansätze auf ihre jeweilige Erklärungskraft hin verglichen werden; die Verfahren der Risikobewertung sollen

- 17 Zu den wissenschaftstheoretischen Grundlagen dieser Aussage vgl. z.B. K.S. Shrader-Frechette, *Risk and Rationality: Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley-Los Angeles, Cal. 1991, 56 ff.
- 18 A.a.O., 27 ff., 53 ff.; speziell zur strukturellen Parallelität zwischen Wissenschaft und Recht 191; vgl. im übrigen schon A.M. Weinberg,

ihre "Objektivität" aus der Offenheit der Evaluation und einer Beteiligung der von Risikoentscheidungen Betroffenen gewinnen¹⁹.

3. *Produktsicherheit und Europäische Integration*

Wer über die jüngeren Entwicklungen im Recht der Produktsicherheit berichten soll, kann die Einflußnahmen der Europäischen Gemeinschaft auf diese Rechtsmaterie nicht übergehen. Daß die Regelung der Produktsicherheit ein wichtiges Politikfeld der Gemeinschaft werden mußte, ist allerdings leicht einzusehen. Zwingende Bestimmungen, die Integritätsinteressen schützen, haben gem. Art. 36 EWGV Vorrang gegenüber der durch Art. 30 EWGV gewährleisteten Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs. Das Sachziel der Herstellung eines europäischen Binnenmarktes läßt sich daher nur verwirklichen, wenn die durch das Produktsicherheitsrecht verursachten Handelshemmnisse durch europäische Regelungen abgelöst werden. Dem Sachziel der Herstellung eines einheitlichen Marktes als solchem sind keine inhaltlichen Vorgaben über die Ausgestaltung entsprechender Regelungen zu entnehmen. In Art. 100a Abs. 3 EWGV heißt es jedoch, daß die Kommission bei ihren Vorschlägen zur Verwirklichung des Binnenmarktes von einem hohen Schutzniveau "in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz" ausgeht. Aus den Artt. 100a Abs. 4, 118a Abs. 3 und 130t EWGV ergibt sich darüber hinaus, daß die Gemeinschaft Einschränkungen der Handelsfreiheit hinnehmen muß, wenn sie nicht selbst stringente, den Anliegen der Mitgliedstaaten Rechnung tragende Regelungen durchsetzt. Dies bedeutet praktisch, daß sie sich nicht auf die Option einer

Science and Trans-Science, Minerva 10 (1972), 209 ff.

19 A.a.O., 47.

"negativen", bloß auf die Deregulierung des nationalen Rechts abzielenden Integrationsstrategie verlegen kann. Die Kommission muß vielmehr Regelungsvorschläge unterbreiten, die wenigstens - aber auch nur! - die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Mitgliedstaaten finden und gleichzeitig geeignet sind, "nationalen Alleingängen" regulierungswilliger Mitgliedstaaten zuvorzukommen.

Bei der danach unvermeidlichen "Positivintegration" des Produktsicherheitsrechts trifft die Gemeinschaft auf national unterschiedliche Regelungstraditionen und Interessenarrangements. Schon im Interesse der Konsensfindung muß die Gemeinschaft sich diesen Traditionen gegenüber neutral verhalten. Eine Zustimmung ist um so eher erreichbar, je deutlicher sich ein Regelungsvorschlag als "objektiv" vernünftige Vermittlung zwischen dem Sachziel der Marktintegration und der Gewährleistung der Produktsicherheitsrechte darstellt. Dies schließt ein Bargaining, in dem die Mitgliedstaaten ihre je eigenen Vorstellungen zu verteidigen suchen und die wirtschaftlichen Auswirkungen rechtlicher Veränderungen kalkulieren, keineswegs aus. Tendenziell aber begünstigt die Verpflichtung auf das gemeinsame Sachziel der Marktintegration i.V.m. dem Abstimmungsmodus der Gemeinschaftsgesetzgebung regulative Konzepte, die sich als rational nachvollziehbare Problemlösungen ausweisen können. All dies ist im öffentlichen Produktsicherheitsrecht wegen seines unmittelbar einsichtigen Bezuges zur Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs leichter nachvollziehbar²⁰ als im Haftungsrecht. Aber auch im Haftungsrecht hat die neuere Sondergesetzgebung immer wieder auf integrationspolitisch motivierte Anregungen reagiert²¹.

20 Vgl. näher unten II 2.

21 Vgl. den Überblick bei P. Marburger, Grundsatzfragen des Haftungsrechts, AcP 192 (1992), 1 ff.; Ch. Joerges/ G. Brüggemeier, Euro-

II. Produktionssicherheit als Rechtsproblem

Die "Sicherheit" von Produkten ist ein Rechtsproblem, aber das Recht der Produktsicherheit war niemals und ist bis heute kein etabliertes Fachgebiet, das konsistente Prinzipien und einheitliche Regelungsmuster vorweisen könnte. Wenn man die Regelungen zusammenstellt, die sich der Sache nach mit der Gewährleistung der Produktsicherheit beschäftigen, so trifft man auf ein sehr dichtes öffentlich-rechtliches Regelungsgeflecht: Präventive Zulassungsvorschriften für besonders riskante Produkte (als solche gelten z.B. Arzneimittel); allgemeine Gesundheitsvorschriften, die durch Verordnungen und "allgemeine Leitsätze" konkretisiert werden (so im Lebensmittelrecht); sicherheitsrechtliche Generalklauseln, die auf Normen und Unfallverhütungsvorschriften verweisen (so namentlich im Gerätesicherheitsrecht); Kennzeichnungsvorschriften, behördliche Informationsrechte und -pflichten; Kontroll-, Untersagungs- und Rückrufregelungen und - mit expansiver Tendenz²² - strafrechtliche Sanktionen. Daneben führt das Privatrecht ein intensives Eigenleben: Das BGB-Deliktsrecht, das Richterrecht der Produzentenhaftung, das neue Produkthaftungsgesetz und das Umwelthaftungsgesetz wirken auf die Produktsicherheit ein und mit weiteren "Sondergesetzen" ist zu rechnen.

päisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, 233 ff., 261 ff.; aus jüngster Zeit vgl. noch das Grünbuch der EG-Kommission über die Sanierung von Umweltschäden, KOM (93) 47 endg. v. 14.05.1993; dazu der Bericht von Ch.H. Seibt, Grünbuch der Kommission zur zivilrechtlichen Umwelthaftung, PHI 1993, 124 ff.; vgl. im übrigen unten II 3.

22 Vgl. exemplarisch BGH NJW 1990, 2560 - Lederspray.

1. Ausgangspunkte

Neu ist mithin nur das geradezu inflationäre Wachstum des Rechts der Produktsicherheit, nicht aber dieses Rechtsgebiet als solches. Und es ist für das Verständnis der rechtlichen Regelungsansätze und ihrer Interdependenzen nach wie vor sinnvoll, sich zunächst über die historischen Ausgangspunkte des öffentlichen und des privaten Rechts zu vergewissern.

a) Gerätesicherheit

Für die öffentlichrechtliche Produktsicherheitsregulierung darf man dem Gerätesicherheitsgesetz (GSG) eine paradigmatische Bedeutung zusprechen. Dieses Gesetz steht in der bereits im 19. Jh. begründeten Tradition des technischen Sicherheitsrechts, die als staatliche Reglementierung von als besonders gefährlich erkannten Anlagen begründet wurde und rasch zu kooperativen Strukturen fand - zu Regelungsformen, in denen staatliche Stellen und die von der Wirtschaft getragenen Normungsorganisationen zusammenarbeiten²³. Die sicherheitsrechtliche Generalklausel des "Gesetzes über technische Arbeitsmittel" (§ 3 Abs. 1 GSG) v. 24. 6. 1976²⁴ bestimmte, daß "technische Arbeitsmittel" nur in Verkehr gebracht werden dürfen, "wenn sie nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie nach den Unfallverhütungsvorschriften so beschaffen sind, daß Benutzer oder Dritte bei ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung gegen Gefahren aller Art für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie

23 Vgl. P. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1979, 49 ff., 110 ff.; R. Wolf, Der Stand der Technik. Geschichte, Strukturelemente und Funktionen der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzes, Opladen 1986, 57 ff. und aus der politikwissenschaftlichen Literatur zuletzt H. Voelzkow, Staatseingriff und Verbandsfunktion: Das verbandliche System technischer Regelsetzung als Gegenstand regulativer Politik, MPIFG Discussion Paper 93/2, Köln 1993, 54 ff.

es die Art der bestimmungsgemäßen Verwendung gestattet"²⁵. Der Text ist sprachlich nicht gerade eingängig gefaßt. Dennoch läßt er dreierlei sehr deutlich erkennen:

- Bezugspunkt des Gesetzes sind "Gefahren". Der Gefahr-Begriff entstammt einem Sicherheitsdenken, das von den tragic choices der modernen Risk-Assessment-Verfahren noch nichts wußte. Der dem Polizeirecht entlehnte Gefahrbegriff²⁶ geht von einem "Normalzustand" aus, den es zu schützen gilt (nämlich das Leben und die Gesundheit von Menschen); bezeichnet polizeiwidrige Zustände (Gefahrenlagen, die, ließe man sie unbeachtet, zu Beeinträchtigungen jenes Normalzustandes führen würden); Eingriffsbefugnisse und -pflichten richten sich gegen diejenigen, denen die Polizeiwidrigkeit zuzurechnen ist (Zustandshaftung oder Handlungshaftung).
- Die berühmte "Verweisungstechnik" des GSG, also die Konkretisierung des gesetzlich gebotenen Sicherheitsniveaus durch technische Regeln und Unfallverhütungsvorschriften, bedeutet bereits eine "kognitive" Öffnung des Rechtssystems für nicht-rechtlichen Sachverstand: In den "technischen Regeln" dokumentiert sich das gesellschaftlich verfügbare, im Bereich des technischen Sicherheitsrechts das von Ingenieuren explizierbare und deren Erfahrungen verarbeitende Wissen.
- Weil das GSG sich das berufsgebundene Wissen der mit der Produktion von Maschinen befaßten Ingenieure und deren Erfahrungen zunutze machen will, ist seine Regelungstechnik des Normenverweises und der damit verbundene Aufbau kooperativer Regelungsstrukturen nur konsequent. Die Prärogative der in der Wirtschaft tätigen Ingenieure im Umgang mit den Gefahren technischer Güter und die Einbindung der mit der Normung befaßten Organisation in die

24 Zur Neufassung vom 26.02.1992 vgl. unten 2 c.

25 Ausführlich zur Bedeutung dieser Bestimmung Ch. Joerges/ J. Falke/ H.-W. Micklitz/ G. Brüggemeier, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1988, 141 ff.

26 Vgl. näher U. Di Fabio, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 13 (1991), 353 ff.; K.-H. Ladeur, Risiko und Recht, a.a.O. (Fn. 16), 209 ff.

Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr²⁷ bedeutet einfach, daß sich das öffentliche Produktsicherheitsrecht auf diejenigen Akteure verläßt, die professionell mit technischen Produkten und deren Risiken umgehen.

b) Delikts- und Haftungsrecht

Es ist bemerkenswert, daß sich die Ausgangspunkte des öffentlichen Produktsicherheitsrechts ohne Schwierigkeiten noch an einem Gesetz aus dem Jahre 1980 gut erkennen lassen, während man im Bereich des Haftungsrechts für eine solche Rekonstruktion auf das 19. Jh. und die Leitvorstellungen der Kodifikation des BGB zurückgreifen muß. Ebenso wie das öffentliche Recht ging das "klassische" Privatrecht von einem schutzwürdigen "Normalbestand" von Rechtsgütern (Gesundheit und Eigentum) aus. Die Verletzung dieser Rechte durch die Handlung eines anderen indizierte die Rechtswidrigkeit solcher Handlungsweisen ("Erfolgshaftung"). Gehaftet wurde nur für eigenes schuldhaftes Handeln, während für die Haftung von Verrichtungsgehilfen die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB galt.

Bekanntlich hat diese "individualistisch-moralisierende" Konzeption einer "Anti-Unternehmenshaftung"²⁸, die auf eine weitgehende Externalisierung der sozialen Kosten der Industrialisierung hinauslief, sich nicht lange halten können. Bereits im Jahre 1838 hatte Preußen die Gefährdungshaftung für die Betreiber von Eisenbahnen eingeführt und so die Entwicklung zu einer Internalisierung sozialer Kosten der industriellen Produk-

27 Vgl. den Normenvertrag zwischen dem Deutschen Institut für Normung und der Bundesregierung vom 5.06.1975, abgedr. in DIN-Mitt. 54 (1975), 359 ff.

28 G. Brüggemeier, Unternehmenshaftung für "Umweltschäden" im deutschen Recht und nach EG-Recht, FS Günther Jahr, Tübingen 1993, 223 ff., 225; vgl. ders., Judizielle Schutzpolitik de lege lata - Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts, JZ 1986, 969 ff.

tionsweise eingeleitet. Schon im 19. Jh. korrigierte dann das öffentliche Unfallversicherungsrecht und das Privatversicherungsrecht die sozialen Folgen des deliktsrechtlichen Prinzips "casum sentit dominus". Bereits im Jahre 1915²⁹ statuierte das Reichsgericht eine über § 831 Abs. 1 BGB hinausgehende "Ober-Aufsichtspflicht" des Geschäftsherrn, deren sich dieser "niemals ent schlagen und die er auch den sorgfältig ausgewählten Aufsichtsbeamten nicht selbst überlassen kann"³⁰. Damit waren die Weichen in Richtung auf eine in § 823 Abs. 1 BGB angesiedelte allgemeine Verkehrspflicht gestellt, derzufolge alle Warenhersteller keine vermeidbar gefährlichen Produkte in Verkehr bringen dürfen. Die Zivilgerichte haben sich bei der Konkretisierung dieser Pflichten nicht an die Maßstäbe der "allgemein anerkannten Regeln der Technik" binden lassen, sondern ihre Abgrenzungen zwischen Gefahrenvorsorgepflichten der Hersteller und dem Verantwortungsbereich der Produktbenutzer eigenständig vorgenommen³¹.

2. *Modernisierung des Rechts der Produktsicherheit I: Öffentliches Recht*

Die Ausgangspunkte des öffentlichen Produktsicherheitsrechts und des privaten Haftungsrechts wirken bis heute nach und wirken dennoch antikiert. Die Regelungsansätze in beiden Bereichen wurden gründlich "rationalisiert" und werden durch neu-

29 RGZ 75, 1 - Brunnensalz.

30 A.a.O., 4.

31 Vgl. G. Brüggemeier, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986, 580 und die Untersuchung von P. Marburger, Herstellung nach zwingenden Rechtsvorschriften als Haftungsausschlußgrund im neuen Produkthaftungsrecht, FS Rudolf Lukes, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, 97 ff.; aus der Rspr. vgl. beispielhaft das Komposthäcksler-Urteil des BGH: NJW 1987, 2222 mit Anm. K. Vieweg, ebda., 2726; vgl. im übrigen unten III 2 b.

artige Steuerungsinstrumente im Steuer- und Abgabenrecht, aber auch im Strafrecht vervollständigt. Die Internationalisierung der Produktmärkte und die auf die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes abzielende Rechtspolitik der Gemeinschaft hat diese Modernisierungsprozesse in den vergangenen Jahren entscheidend gefördert. Daß dabei die Einwirkungen im Bereich des öffentlichen Produktsicherheitsrechts am intensivsten sein müssen, erklärt sich aus den Handlungszwängen der Binnenmarktpolitik.

a) Verbraucherpolitik

Die Europäische Gemeinschaft ist keine monolitische Organisation. In dem uns hier interessierenden Handlungsfeld haben wir es auf Seiten der Kommission der EG mit verschiedenen Dienststellen zu tun, insbes. mit der ungemein wichtigen, für die Binnenmarktpolitik zuständigen Generaldirektion III einerseits und der weitaus schwächeren "Dienststelle Verbraucherpolitik" andererseits.

Die europäische Verbraucherpolitik erhielt ihre grundlegenden Orientierungen durch die zwei verbraucherpolitischen Programme aus d.J. 1975 und 1981³². In beiden Programmen wurde

eine allgemeine Produktsicherheitspflicht formuliert, ein Aufbau von Unfallinformationssystemen und die Einführung von Rückrufpflichten gefordert. Die Ausarbeitung dieser Programmatik stand im Zeichen der verbraucherpolitischen Bewegung der siebziger Jahre und ließ sich, was die Produktsicherheitspolitik angeht, augenscheinlich von dem Vorbild des i.J. 1972 verabschiedeten amerikanischen "Consumer Product Safety Act" inspirieren. Dieses Gesetz hatte erstmals die regulativen Anliegen und institutionellen Formen der "social regulation" auf sämtliche Konsumgüter erstreckt³³. Die Produktsicherheitspolitik sollte auf einem bundesweit operierenden Unfallinformationssystem aufbauen. Der neu eingerichteten Consumer Product Safety Commission wurde ein breit gefächertes regulatives Instrumentarium zur Verfügung gestellt. Es sah die Entwicklung eigener Sicherheitsstandards vor, aber auch die Beteiligung an den Normungsarbeiten privater Organisationen. Es umfaßte informationspolitische Maßnahmen, Möglichkeiten für Verbotsverfügungen und ein ausgefeiltes System von Rückrufregelungen.

An eine einfache Kopie dieses Vorbildes war in der EG aus praktisch-politischen wie institutionellen Gründen nicht zu denken. Immerhin verfolgte die europäische Verbraucherpolitik beharrlich und nicht ohne Erfolg zwei Projekte: den Aufbau eines "gemeinschaftlichen Unfallinformationssystems" und eines "gemeinschaftlichen Systems zum raschen Austausch von Informationen über die Gefahren bei der Verwendung von Konsumgütern"³⁴. Vor allem die Bemühungen um einen Aufbau von Unfallinformationssystemen trafen in Deutschland auf Unver-

33 Vgl. näher Ch. Joerges u.a., a.a.O. (Fn. 25), 201 ff.; die Neufassung dieses Gesetzes durch den Consumer Product Safety Improvement Act 1990 (15 U.S.C. §§ 2051 ff.) darf keineswegs als Sieg regulierungsfeindlicher Kräfte gelesen werden, sondern enthält ausgesprochen sinnvolle Detailverbesserungen, die auf Fehlschläge der ursprünglichen Programmatik des Gesetzes und praktischen Erfahrungen aufbauen (für eine kurze Darstellung vgl. A.B. Shingleton, USA: Der Consumer Product Safety Improvement Act, PHI 1991, 58 ff.).

ständnis. Aus dem "Vorschlag für eine Entscheidung des Rates zur Entwicklung eines gemeinschaftlichen Informationssystems über Haus- und Freizeitunfälle" vom 9.02.1993³⁵ geht hervor, daß die Bundesrepublik - im Verein allein mit Luxemburg - an dem Datenerhebungssystem der Gemeinschaft nicht teilnimmt, sondern sich wie bisher schon auf Haushaltsbefragungen stützen will³⁶. Einen markanteren Erfolg hat die regulative Politik der Gemeinschaft nach langjährigen Vorarbeiten i.J. 1992 mit der Verabschiedung der Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit errungen³⁷. Aber dieser Erfolg verdankt sich der allgemeinen Entwicklung der Binnenmarktpolitik, für die vor allem die Generaldirektion III zuständig ist.

b) Binnenmarktpolitik

Die EG muß sich den Regelungen der Produktsicherheit zuwenden, wenn und weil diese sich als Hemmnisse für die Freiheit des Warenverkehrs in der EG darstellen. Deshalb hat sie sich von Anfang an um die Harmonisierung von Produktregelungen bemüht. Die Erfolge dieser Bemühungen waren enttäuschend, zum einen, weil die Unsumme der einschlägigen Bestimmungen die legislativen Ressourcen der Gemeinschaft überforderte, zum anderen, weil gemäß Art. 100 EWGV Harmonisierungsmaßnahmen von den Mitgliedstaaten einstimmig beschlossen werden müssen. Erst die in dem Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes³⁸ entwickelte neue Harmoni-

34 Vgl. näher Ch. Joerges u.a., a.a.O. (Fn. 25), 289 ff.

35 ABl. C 59/1993, 10.

36 Vgl. hierzu die Kritik in Ch. Joerges u.a., a.a.O. (Fn. 25), 37 ff., 132 ff.; J. Falke, Post Market Control of Consumer Goods in the Federal Republic of Germany, in: H.-W. Micklitz (Hrsg.), Post-Market Control of Consumer Goods, Baden-Baden 1990, 339 ff., 355 ff.

37 ABl. L 228/1992, 24.

sierungspolitik brachte i.V.m. dem Übergang zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen gemäß Art. 100 a EWGV i.J. 1987 eine dynamische Wende³⁹.

Der neuen Harmonisierungspolitik zufolge beschränkt die Gemeinschaft ihre legislativen Aktivitäten auf die verbindliche Festlegung "wesentlicher Sicherheitsanforderungen", deren Konkretisierung dann den Europäischen Normungsorganisationen überlassen wird. Diese "neue Konzeption" wurde zunächst als eine europäische Übernahme der deutschen Gesetzgebungstechnik des Normenverweises verstanden. Aber dieser Eindruck erwies sich als trügerisch. Die mittlerweile sehr zahlreichen Richtlinien, in denen "wesentliche Sicherheitsanforderungen" verbindlich niedergelegt wurden⁴⁰, enthalten sehr viel instruktivere Vorgaben als etwa § 3 des deutschen GSG. Im Be-

38 KOM (85) 310 endg. v. 14.06.1985; die Erneuerung der Normungspolitik war kurz zuvor beschlossen worden; vgl. die Entschließung des Rates vom 7.05.1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiete der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. C 136/1985, 1.

39 Als bahnbrechend gilt darüber hinaus die sog. Cassis-Rechtsprechung des EuGH (Slg. 1979, 469), derzufolge nur solche rechtlichen Vorschriften einzelstaatliche Einschränkungen des freien Warenverkehrs rechtfertigen, die wirklich "zwingenden Erfordernissen" des Verbraucher- und Umweltschutzes Rechnung tragen, während für alle anderen Vorschriften das in Art. 30 EWGV garantierte Prinzip des freien Warenverkehrs durch deren wechselseitiger Anerkennung umzusetzen sei. Tatsächlich hat diese Rechtsprechung wesentlich zu einer Umstrukturierung des Verhältnisses von Markt und Regulierung beigetragen. Aber das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung kommt vorwiegend in den Bereichen der "ökonomischen Regulierung" zum Tragen. Bei den sicherheitsbezogenen Produktregelungen und sogar bei den Arbeitsschutz- und Umweltschutzbestimmungen hat die Idee einer "regulativen Konkurrenz" der Rechtssysteme der Gemeinschaft sich nicht durchsetzen können. Vgl. zu all dem näher Ch. Joerges, Markt ohne Staat, in: R. Wildenmann (Hrsg.), Staatswerdung Europas, Baden-Baden 1991, 229 ff., 246 ff. - Der vom EuGH in seinem Urteil v. 14.11.1993 - Keck und Mithouard (ZIP 1993, 1813 m.Anm. N. Reich) eingeleitete Rückzug aus der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle von "Verkaufsmodalitäten" betrifft die Produktregulierungen nicht; vgl. dazu die Kommissions-Mitteilung zur Handhabung des Art. 100b EGV, ABl. C 353/1993, 4, 6.

40 Für eine knappe Übersicht vgl. H.B. Sattler, Die Novelle zum Gerätesicherheitsgesetz, EuZW 1992, 764 ff., sowie J. Keßler, Produktsi-

reich der technischen Güter dokumentiert insbesondere die im Jahre 1989 verabschiedete Maschinenrichtlinie⁴¹ i.V.m. den zahlreichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit eine konsequente Dynamisierung der Sicherheitsanforderung - die dabei über den deutschen Standard der "allgemeinen anerkannten Regeln der Technik" ohnehin weit hinausgehen -, eine überlegte Abstimmung präventiver und anderer Schutzmaßnahmen, Erweiterungen des Gesundheitsbegriffs auf ergodynamische Maßnahmen und insgesamt Verbindungen von Produkt- und Prozeßregulierungen⁴².

Ein ebenso aussagekräftiges Beispiel bietet das Lebensmittelrecht. Hier hatte das berühmte Cassis Dijon-Urteil des EuGH⁴³ die Bundesrepublik dazu verpflichtet, den Import eines den deutschen Vorschriften über den Mindestalkoholgehalt nicht genügenden französischen Liqueurs zuzulassen. Die Cassis-Rechtsprechung bedeutet eine spezifische Beschränkung der nationalen Souveränität. Der deutsche Gesetzgeber darf nicht ohne Rücksicht auf die gemeinschaftsrechtliche Garantie des freien Warenverkehrs (Art. 30 EWGV) eine gesetzliche Maßnahme als "zwingendes" Verbraucherschutzpolitisches Gebot qualifizieren; diese Qualifikation ist vielmehr auf ihre Sachgerechtigkeit hin durch das europäische Recht kontrollierbar. Die grundsätzliche Bedeutung der Cassis-Rechtsprechung liegt darin, daß sie eine "Rationalisierung" des Verbraucherschutzes in Europa erzwingt, die gleichzeitig auf die prinzipielle Geltung wirtschaftlicher Freiheiten abgestimmt sein muß. Eben deshalb be-

cherheit im europäischen Binnenmarkt, EuZW 1993, 751 ff.

41 ABl. L 183/1989, 9, modifiziert gem. Richtlinie 93/44, ABl. L 175/1993, 12.

42 Vgl. die eingehende Analyse von V. Eichener, Social Dumping or Innovative Regulation? Processes and Outcomes of European Decision-Making in the Sector of Health and Safety at Work Harmonization, San Domenico/FI 1992 (Europäisches Hochschulinstitut, SPS-Working Paper 23/92).

wirken die europäischen Kontrollmaßstäbe eine tendenzielle Umstrukturierung der Gesetzgebungspolitik im Sinne ihrer Konzentration und Beschränkung auf Fälle eines "Marktversagens".

Diese Deutung entspricht der Praxis des Gemeinschaftsrechts gerade auch im Lebensmittelrecht, die eben nicht etwa bloß auf die Ablösung nationaler Vorschriften im Sinne einer "Deregulierung", sondern vielmehr auf eine modernisierende Regulierung abzielt. Belegbar ist all dies an der Konzentration des europäischen Lebensmittelrechts auf Fragen des Gesundheitsschutzes⁴⁴, der Verfeinerung des regulativen Instrumentariums⁴⁵, vor allem aber an der klaren Tendenz zu einer konsequenten "Verwissenschaftlichung" der lebensmittelrechtlichen Entscheidungsfindung. Diese Tendenz dokumentiert sich in der wachsenden Bedeutung des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses⁴⁶, in der Einführung von Risk-Assessment-Verfahren⁴⁷, in den Bemühungen um eine Vereinheitlichung der Analysemethoden⁴⁸.

43 Vgl. o. Fn. 39.

44 Vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Vollendung des Binnenmarkts: Das gemeinschaftliche Lebensmittelrecht, KOM (85) 603 endg. v. 8.11.1985 und aus den Anschlußvorschriften insbes. die Zusatzstoff-Rahmenrichtlinie, ABl. L 40/1989, 27.

45 Vgl. insbes. die Richtlinie zur Lebensmittelüberwachung, ABl. L 187/1989, 23.

46 Vgl. den Richtlinien-Vorschlag "über die Unterstützung der Kommission und die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bei der wissenschaftlichen Prüfung von Lebensmitteln", ABl. C 108/1991, 7 mit Änderungsvorschlag der Kommission, KOM (92) 128 endg. v. 30.03.1992.

47 Vgl. die Richtlinie über Lebensmittelhygiene, ABl. L 175/1993, 1.

48 Vgl. den Richtlinienvorschlag ABl. C 51/1992, 10, geändert gem. KOM (92) 574 vom 11.12.1992 und zum ganzen die Interpretation von F. Hufen, Kooperation von Behörden und Unternehmen im Lebensmittelrecht, ZLR 1993, 233 ff., 234 f., 241 ff.

c) Konvergenzen

Die Gegensätze zwischen den verbraucherpolitischen und den binnenmarktpolitisch motivierten Initiativen der Gemeinschaft haben sich durch die Praxis weitgehend entspannt. Diese neue Konvergenz bestätigt insbes. die neue Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit, deren Vorbereitung durch den Verbraucherpolitischen Dienst die Generaldirektion III mit einigem Argwohn begleitet hatte, während am Ende des legislativen Verfahrens allein noch die Bundesrepublik gegen die neue Richtlinie opponierte⁴⁹.

Der Konsens innerhalb der Kommission war möglich, weil die neue Richtlinie in ihren Regelungszielen und -techniken den "Führungsanspruch" der neuen Konzeption der Rechtsangleichungspolitik bei der Fortentwicklung von Sicherheitsstandards anerkennt und für die Verbraucherpolitik nur spezifische Schutz- und Anregungsfunktionen beansprucht:

- Die Richtlinie enthält eine Produktsicherheitspflicht für alle Produkte, "die für Verbraucher bestimmt sind und von Verbrauchern benutzt werden" (Art. 2 a), und institutionalisiert damit das aus der Produktsicherheitsgesetzgebung bekannte Spannungsverhältnis zwischen zwingenden allgemeinen Sicherheitsanforderungen und deren Präzisierung durch rechtlich nicht bindende Normen. Der gewählte gesetzliche Standard - "Stand der Kenntnisse und der Technik sowie der Sicherheit, welche die Verbraucher erwarten dürfen" (Art. 4 Abs. 2) - überwindet tendenziell das im deutschen Recht bestehende Gefälle zwischen § 3 GSG ("allgemein anerkannte Regeln der Technik") und den Standards des Produzenten- und Produkthaftungsrecht⁵⁰. Im übrigen sollen "Gefahren"

49 Ausführlich zu den Grundlagen Ch. Joerges/ J. Falke, Die Normung von Konsumgütern in der Europäischen Gemeinschaft und der Richtlinienentwurf über die allgemeine Produktsicherheit, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, Baden-Baden 1991, 159 ff. Für eine erste Würdigung der neuen Richtlinie vgl. H.-W. Micklitz, Die Richtlinie über die allg. Produktsicherheit vom 29.06.1992, VuR 1992, 261 ff. und J. Keßler, a.a.O. (Fn. 40), 751 ff.

50 Die Neufassung des GSG vom 26.02.1992 (BGBl. I 1992, 1564; vgl.

ohne Rücksicht auf zwingende Standards (Art. 4 Abs.1) und die Beachtung des geforderten allgemeinen Sicherheitsniveaus die zuständigen Behörden immer zum Eingreifen berechtigten (so Art. 4 Abs.3).

- Die Beachtung der Produktsicherheitspflicht soll durch Behörden gewährleistet werden, die über ein breitgefächertes Arsenal von Handlungsmöglichkeiten verfügen müssen: Prüfungsbefugnisse und Informationsrechte; die Befugnis, öffentliche Warnungen und Vermarktungsverbote auszusprechen; das Recht, Rückrufmaßnahmen zu organisieren (Art. 5)⁵¹.
- Die Brücke zwischen der sicherheitsrechtlichen Generalklausel und den behördlichen Befugnissen muß durch die Organisation der Risikoinformation geschlossen werden. Die Richtlinie verpflichtet zunächst die Unternehmen selbst, "angemessene Maßnahmen zu treffen, damit sie im Stande sind, die etwaigen von diesen Produkten ausgehenden Gefahren zu erkennen, und zu deren Vermeidung zweckmäßige Vorkehrungen, erforderlichenfalls einschließlich des Rückrufs des betroffenen Produkts vom Markt", zu ergreifen (Art. 3 Abs. 2). Der Aufbau eines allgemeinen behördlichen Informationssystems wird den Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich abverlangt⁵²; die Richtlinie begnügt sich mit der Festschreibung und dem Ausbau des bereits 1984 eingerichteten Schnellinformationssystems (Art. 8). Die Aussage in dem Richtlinien-Vorschlag zu einem Informationssystem

die Bekanntmachung vom 23.10.1992, BGBl. 1992 I, 1793) beschränkt sich auf die Anpassung an die neuen gemeinschaftlichen Einzelrichtlinien. Die allgemeine Produktsicherheitspflicht (§ 3 Abs.1 S. 2 GSG) bleibt unverändert. Das GSG muß also nochmals geändert werden.

- 51 Insofern entspricht die Neufassung des GSG bereits europarechtlichen Anforderungen (vgl. § 5 u. 6 GSG n.F.), da auch schon die neueren Einzelrichtlinien, wenn auch in einer wenig spezifizierten Form, Rückrufmöglichkeiten vorausgesetzt haben. Allerdings verschärft die neue Richtlinie die Verantwortung des Handels; vgl. H.-W. Micklitz, a.a.O. (Fn. 49), 265.
- 52 Vgl. demgegenüber Art 5 Abs. 2 e und f des Richtlinienvorschlags i.d.F. v. 11.06.1990, KOM (90) 259; danach mußten die Mitgliedstaaten "sicherstellen, daß die Behörden die Informationen über das tatsächliche oder mögliche Bestehen einer von einem Produkt ausgehenden Gefahr sowie Daten über Produkten zugeschriebene Unfälle systematisch erfassen und auswerten", daß sie überdies begründeten Beschwerden, die die Sicherheitseigenschaft eines Produkts betreffen, nachgehen.

für Haus- und Freizeitunfälle⁵³, die Behörden der Mitgliedstaaten müßten in die Lage versetzt werden, Informationen zur laufenden Beobachtung von Produkten zu sammeln" (4. Erwägungsgrund), bleibt gleichwohl richtig. Es ist nicht möglich, Behörden mit Aufgaben der Nachmarktkontrolle zu betrauen, ohne dafür zu sorgen, daß ihnen entsprechende Informationsgrundlagen zur Verfügung stehen⁵⁴.

So beschränkt sich das Regelungskonzept der Richtlinie insgesamt auf die Förderung eines Gefahren-Entdeckungs- und eines Gefahren-Bekämpfungsinstrumentariums, von dem allerdings wichtige Anstöße zur Fortentwicklung sicherheitsrechtlicher Kriterien ausgehen können. Diese Selbstbescheidung der Produktsicherheitsrichtlinie als eine Art Auffangregelung ist materiell sinnvoll und zureichend, wenn und weil die gemeinschaftsrechtlichen Produktregelungen breitenwirksam in erster Linie auf der Grundlage der Sicherheitsphilosophien der neuen Richtlinien-Generation erarbeitet werden. Sie ist als Regelungstechnik sinnvoll und zureichend, weil das EG-Recht insgesamt auf eine Dezentralisierung von Sicherheitskontrollen und auf die Einbindung der Unternehmen in eine umfassendere Politik der Qualitätssteigerung und -kontrolle abzielt⁵⁵.

d) Innovationen

Dieses zuletzt genannte Element darf man als die eigentlich zukunftsweisende, wenn auch noch nicht ausgearbeitete und in

53 Vgl. oben Fn. 34-36; vgl. jetzt auch die Rats-Entscheidung 93/580/EWG, ABl. L 278/1993, 64, die das bisherige Informationssystem (ABl. L 17/1989, 51; geändert gem. ABl. L 173/1990, 49) ablöst und im Vorgriff auf das gem. Art. 7 der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie bis zum 19.06.1994 umzusetzenden System gilt.

54 Ob die neuen Bestimmungen des § 6 Abs. 3 und 10 C GSG hierfür genügen, erscheint zweifelhaft, weil diese Bestimmungen von einem rein behördeninternen Informationsaustausch auszugehen scheinen.

55 Vgl. bereits oben b.

ihren Auswirkungen noch schwer abschätzbare Innovation der europäischen Rechtspolitik bezeichnen. Es handelt sich um eine Programmatik, deren Regelungstechnik bereits in dem ursprünglichen Design der "Neuen Konzeption" angelegt ist und die sodann durch die Verbindung industriepolitischer, wettbewerbs- und umweltpolitischer Initiativen deutlichere Konturen gewonnen hat:

- Die sogenannte Neue Konzeption setzt insgesamt auf den Übergang zu "Performance"-Standards, die den Unternehmen konstruktive Freiheiten für Innovationen einräumen sollen. Diese Freiräume können freilich praktisch nur genutzt werden, wenn verlässliche und flexible Zertifizierungsverfahren zur Verfügung stehen, in denen die "Gleichwertigkeit" alternativer Konstruktionen bestätigt wird.
- Schon die "Modellrichtlinie"⁵⁶ hat eine breite Typologie von Zertifizierungsmöglichkeiten vorgeschlagen, zu der auch die "Selbstbescheinigung" der Sicherheitskonformität von Produkten durch den Hersteller gehört. Diese Ansätze wurden durch das globale Konzept für Zertifizierung und Prüfwesen weiter ausgebaut, das die Kommission zugleich als Instrument zur Gewährleistung der Qualität bei Industrieerzeugnissen begreift⁵⁷. Es ist das zentrale Anliegen dieser Zertifizierungspolitik, die Unternehmen zur Entwicklung von Qualitätssicherungssystemen zu veranlassen, die staatliche Kontrolle auf die "Qualität" solcher Systeme zu beschränken und so auf die unternehmensinterne Gewährleistung regulativer Anliegen hinzuwirken⁵⁸.
- Ein zusätzliches Element dieser Programmatik ist die Förderung europäischer Gütezeichen, die nicht die Konformität mit zwingenden Standards, sondern vielmehr weitergehende

56 ABl. C 136/1985, 2 (Abschn. B VIII).

57 ABl. C 267/1989, 3; angenommen durch Ratsbeschluß vom 13.12.1990, ABl. L 380/1990, 13.

58 Vgl. näher Ch. Joerges/ J. Falke, a.a.O. (Fn. 49), 182 ff., sowie J. Falke, Technische Normung in Europa: Zieht sich der Staat wirklich zurück?, in: G. Winter (Hrsg.) Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Bremen 1991 (ZERP-Diskussionspapier 7/91), 79 ff., 110 ff. und zum Lebensmittelrecht F. Hufen, a.a.O. (Fn. 48), 241 ff.

Qualitäts-, sicherheits- und umweltpolitische Anstrengungen von Unternehmen dokumentieren⁵⁹. Der avancierteste Beitrag hierzu ist die Verordnung zur "freiwilligen Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem gemeinschaftlichen Öko-Audit-System"⁶⁰.

Insgesamt handelt es sich um eine Modernisierung der europäischen Gesetzgebungspolitik, die kein Mitgliedstaat von sich aus erreicht hatte:

- Deutlich erkennbar ist eine durchgehende Dynamisierung der sicherheitsrechtlichen Anforderungen im Sinne eines Einbaus von "Lern"-Möglichkeiten, also der Integration neuer Einsichten und der Korrektur überholter Festlegungen⁶¹.
- Erkennbar, wenn auch noch unzulänglich ausgearbeitet, ist der Übergang der regulativen Anstrengungen der EG zu ei-

59 Vgl. den Verordnungsvorschlag über die Anbringung und Verwendung des CE-Zeichens auf Industrieerzeugnissen, KOM (91) 145 endg. v. 17.5.1991, ABl. C 160/1991, 14 geändert gemäß KOM (92) 293 endg., ABl. C 195/1992, 11. und nunmehr verabschiedet durch Rats-Beschluß v. 22.7.1993, ABl. L 220/1993, 23; die einschlägigen Vorschriften der nach der "Neuen Konzeption" gestalteten Richtlinien wurden gleichzeitig geändert durch die Richtlinie 93/86/EWG, ABl. L 220/1993, 1.

60 Vgl. den Vorschlag in ABl. C 76/1992, 2; geändert gem. ABl. C 120/1993, 3 u. KOM (93) 97 v. 30.04.1993 und nunmehr verabschiedet, ABl. L 168/1993, 1; vgl. dazu M. Führ, Umweltbewußtes Management durch "Öko-Audit"?, EuZW 1992, 468 ff.; J. Scherer, Umwelt-Audits: Instrument zur Durchsetzung des Umweltrechts im Europäischen Binnenmarkt?, NVwZ 1993, 11 ff. - Die amerikanischen Vorbilder sind diskutiert in Cardozo L. Rev. 12 (1991), 1215 ff. - Bemerkenswert jetzt auch Art. 3 der Richtlinie über Lebensmittelhygiene (AbL. L 175/1993, 1), der die Unternehmen zur Einführung eines Qualitätssicherungssystems verpflichtet.

61 Mißverständlich insoweit H.B. Sattler, Die Novelle zum Gerätesicherheitsgesetz, EuZW 1992, 764 ff., 765, der die bei den neuen Richtlinien "weder ein Abweichen nach oben noch nach unten für die einzelnen Mitgliedstaaten" für möglich hält; zwingend gebunden sind die Mitgliedstaaten indessen nur an die Einhaltung der in allen Richtlinien vorgesehenen Verfahren zur Korrektur sicherheitsrechtlicher Anforderungen. Richtig ist allerdings, daß gemäß Art. 4 Abs. 1 der neuen Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit spezielle Sicherheitsbestimmungen den Rückgriff auf die allgemeine Produktsicherheitspflicht ausschließen sollen; andererseits schließt Art. 4 Abs. 3 das Eingreifen gegen Gefahren, die von vorschriftsmäßigen Produkten ausgehen, gerade nicht aus.

ner proaktiven Risikopolitik, deren Inhalt nicht durch verbindliche Kriterien antizipativ vorgeschrieben, sondern die dezentral indirekt durch die Förderung innovatorischer Anstrengungen umgesetzt werden soll.

- Diese regulativen Strategien führen zu einer - negativ gesprochen - "Diffusion" der öffentlichen Kontrolle, die sich allerdings - positiv gewendet - im Sinne von Christopher Hood als Übergang zu einem realistischeren und produktiveren Kontrollkonzept kennzeichnen läßt: Die regulative Politik konzentriert sich auf die Identifikation und Förderung von Selbstkontrollmechanismen, auf Kontrollen der Selbstkontrolle, auf wechselseitige Informations- und Kooperationszwänge. Sie nimmt Abschied von der Vorstellung, daß Kontrollen hierarchisch zentralisiert werden könnten⁶².

3. *Modernisierung des Rechts der Produktsicherheit II: Haftungsrecht*

Das öffentlichrechtliche Produktsicherheitsrecht reagiert unter dem Einfluß des europäischen Integrationsprozesses in einer insgesamt sehr reflektierten Weise auf die Grundprobleme der Risikoregulierung. Es öffnet sich zunehmend der Verwissenschaftlichung der Risikoforschung; es verbindet diese kognitive Öffnung mit einer Ausdifferenzierung neuer regulativer Instrumentarien, die insbesondere die Unabgeschlossenheit des Risikowissens berücksichtigen, Reaktionen auf neue Einsichten möglich machen und sogar die Ausweitung des Risikowissens anregen sollen. Im Haftungsrecht verläuft die Entwicklung schon deshalb, weil sie gleichsam "endogen" in erster Linie von der Rechtsprechung getragen wird, weniger geradlinig. Dennoch weist sie, so soll im folgenden gezeigt werden, strukturelle Parallelen auf.

62 Ch.H. Hood, Concepts of Control over Public Bureaucracies: "Comptrol" and "Interpolable Balance", in: F.-X. Kaufmann (Hrsg.), *The Public Sector*, Berlin-New York 1986, 347 ff., 354 f.

a) Sicherheitsmaßstäbe des Haftungsrechts

Schon die Frage nach dem vom Haftungsrecht geforderten Sicherheitsstandard setzt den oben schon angesprochenen Perspektivenwechsel des klassischen Haftungsrechts voraus. Dieses war davon ausgegangen, daß der in § 823 Abs. 1 BGB genannte Kernbestand subjektiver Rechte und Rechtsgüter "absolut" schützenswert sei, dieser Schutz allerdings durch das Kausalitäts- und Verschuldenserfordernis mit dem Prinzip der allgemeinen Handlungsfreiheit kompatibel gehalten werden müsse. In den "Wandlungen des Deliktsrechts" ist deutlich geworden, daß hiermit zuwenig verlangt und zuviel versprochen wird. Zuwenig - dies dokumentiert vor allem die Ablösung der klassischen Verschuldenskategorie durch die moderne Fahrlässigkeitshaftung und ihr Konzept der Verkehrspflichten. Insbesondere das Richterrecht der Produzentenhaftung hat mit seinen Fabrikations-, Instruktions-, Konstruktions-, Organisations- und Produktbeobachtungspflichten die zivilrechtlichen Verhaltensanforderungen gegenüber dem Verschuldensprinzip des BGB enorm gesteigert und durch seine Beweiserleichterungen auch die Hürden des Kausalitätserfordernisses abgebaut. Aber die Steigerungen der Sorgfaltsanforderungen und die Beweiserleichterungen haben ihre Grenzen. Das Haftungsrecht will keineswegs absolute "Rechte gegen Risiken"⁶³ einräumen⁶⁴.

Auch die europäische Produkthaftungsrichtlinie⁶⁵ und das diese Richtlinie umsetzende Produkthaftungsgesetz⁶⁶ versprechen

63 Ch.H. Schroeder, Rights Against Risks, Col. L. Rev. 86 (1986), 495 ff.

64 Auch die "absolute" Haftung bei Fabrikationsfehlern hat nur eine relative Bedeutung, weil sie sich lediglich an dem von dem betroffenen Unternehmen selbst angestrebten Sicherheitsniveau orientiert und lediglich das Risiko von "Ausreißern" versichert.

65 ABl. L 210/1985, 29.

keine unbedingte Sicherheit. Gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 2 u. 4 ProdHG kann sich der Hersteller auf zwingende Regelungsvorgaben, aber auch auf den "Stand der Wissenschaft und Technik" im Zeitpunkt des Inverkehrbringens von Produkten berufen. Grundsätzliche Bedeutung hat daneben die allgemeine Einschränkung der "absoluten" Kausalhaftung nach § 1 Abs. 1 durch das in § 3 näher umschriebene Erfordernis des Produktfehlers. Die berechtigten Sicherheitserwartungen der Verbraucher, die gemäß § 3 ProdHG die Haftung begrenzen, sind ein funktionales Äquivalent zu den im Produzentenhaftungsrecht definierten Verkehrspflichten. Die Frage, ob das Produzenten- oder das Produkthaftungsrecht ein höheres Sicherheitsniveau erfordere, läßt sich nicht allgemein beantworten⁶⁷.

Eine Sonderstellung nehmen die Sondertatbestände der Gefährdungshaftung ein. Systematisch-konstruktiv begreift man die Gefährdungshaftung als Kompensationsregelung für riskante Produkte oder Produktionsanlagen, die trotz ihrer Risiken erwünscht oder - wie Arzneimittel - unverzichtbar sind⁶⁸. Die Gefährdungshaftung soll hier tatsächlich die sozialen Risiken internalisieren. Aber sie soll - das zeigen die älteren Regelungen ebenso wie die neuen Tatbestände im AMG 1976, WHG 1986, GenTG 1990, UmweltHG 1990 - nicht etwa Produktionseinstellungen bewirken. Die Haftungsvoraussetzungen und die Haftungsinhalte berücksichtigen die wissenschaftlich-technischen und die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Anbieterseite. Auch das Gefährdungshaftungsrecht beeinflusst nur das

66 BGBl. 1989 I, 2198.

67 Das ist im Vergleich zwischen dem richterlichen Produzentenhaftungsrecht und dem gemeinschaftlichen Produkthaftungsrecht früh bemerkt worden; vgl. G. Brüggemeier/ N. Reich, Die EG-Produkthaftungsrichtlinie und ihr Verhältnis zur Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, WM 1986, 149 ff.

68 E. v. Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung, Berlin-New York 1971; G. Hager, Fehlerbegriff, Entwicklungsrisiko und Produktbeobachtungspflicht bei der Produkthaftung, PHI 1991, 2 ff., 6; R.

"Aktivitätsniveau"⁶⁹ der betroffenen Wirtschaftsbereiche und sorgt im übrigen dafür, daß die Opfer jener Aktivitäten mit ihren Schäden nicht alleingelassen werden⁷⁰.

b) Regulative Funktionen

Die zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten, die Definition des Produktfehlers und die konkrete Ausgestaltung der Gefährdungshaftung belegen insgesamt, daß Aussagen über das vom Zivilrecht angestrebte Sicherheitsniveau ebenso unbestimmt bleiben müssen wie die Generalklauseln der öffentlichrechtlichen Vorschriften. Schon deshalb ist das Verhältnis der öffentlichrechtlichen zu den zivilrechtlichen Standards nicht einfach aus den rechtlich verbindlichen Regeln allein ablesbar. Vergleichende Aussagen über das Regelungsniveau in beiden Materien müssen vielmehr an dem Prozeß der Konkretisierung dieser Maßstäbe ansetzen. Das öffentlichrechtliche Sicherheitsrecht gewinnt seine Ergebnisse gleichsam stufenweise - in einander zugeordneten Verfahren, die Normungsorganisationen, Unternehmen und staatliche Stellen einbeziehen. Das Produzenten- und Produkthaftungsrecht setzt auf die Präsentation von Informationen im Zivilprozeß und die Entdeckung "optimaler" Standards durch die Justiz.

Im Zuge der Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts und der damit zusammenhängenden Theorien des

Damm, Gentechnologie und Haftungsrecht, JZ 1989, 561 ff.

69 So die Terminologie in der Ökonomischen Analyse des Rechts; vgl. H.-B. Schäfer, Ökonomische Analyse des Rechts. Schadensvermeidung zwischen staatlicher Regulierung und zivilrechtlicher Haftung, Hamburg (Arbeitskreis Recht und Ökonomie. Diskussionsbeiträge Nr. 12) 1992, 13 ff. m. Nachw.

70 K.-H. Ladeur, Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken, a.a.O. (Fn. 16), 1308; G. Teubner, The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability, Typoskript Europäi-

"Regulierungsversagens" hat man auch in Deutschland eine grundsätzliche Überlegenheit haftungsrechtlicher Schadensinternalisierungsstrategien und gerichtlicher Verfahren behauptet⁷¹. Mittlerweile zeichnen aber gerade auch prominente Vertreter der Ökonomischen Analyse ein sehr viel differenzierteres Bild⁷². Auf diese Diskussion ist hier nicht systematisch einzugehen⁷³. Hin- gewiesen sei stattdessen auf Entwicklungen im positiven Recht, in denen sich neue Möglichkeiten des Umgangs mit Risiken ab- zeichnen.

Produktbeobachtungspflichten: Die Produktbeobachtungs- pflicht hat sich als eine besondere Ausprägung der Verkehrs- pflichten des Herstellers mittlerweile fest etabliert⁷⁴. Ihre haf- tungsrechtliche Funktion wird als deliktsrechtliche Form des Umgangs mit Entwicklungsrisiken umschrieben⁷⁵. Dies erscheint aus zwei Gründen zumindest präzisierungsbedürftig; beide lassen sich exemplarisch an dem bekannten Honda-Urteil des BGH⁷⁶ verdeutlichen.

sches Hochschulinstitut Florenz, 1992.

- 71 M.E. Streit, Reassessing Consumer Safety Regulation, in: H. Giersch (Hrsg.), *New Opportunities for Entrepreneurship*, Tübingen 1984, 190 ff.
- 72 M. Adams, *Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz - Eine Abhandlung zur Theorie optimaler Beweislast- und Haftungsregeln bei Unsicherheit*, ZZB 99 (1986), 129 ff.; H.-B. Schäfer, a.a.O. (Fn. 69); sowie G. Kirchgässner, *Haftungsrecht und Schadensersatzrecht als umweltpolitische Instrumente*, ZUR 1992, 15 ff., 21, 38 f.
- 73 Allerdings: Die hier herausgestellten Probleme dürften eine Rege- lungsstrategie, die auf die Monetarisierung externer Effekte setzt, grundsätzlich überfordern; vgl. H.G. Nutzinger, *Zur Anwendbarkeit ökonomischer Instrumente in der Umweltpolitik*, in: H. Bartmann/ K.D. John (Hrsg.), *Präventive Umweltpolitik*, Wiesbaden 1992, 29 ff., K.S. Shrader-Frechette, a.a.O. (Fn.17), 140 ff.
- 74 Seit BGHZ 80, 186 - Durosal; 80, 199 - Benomyl. Zur Entwicklung ausführlich J. Falke, *Post Market Control of Consumer Products in the Federal Republic*, a.a.O. (Fn. 36);
- 75 So namentlich G. Brüggemeier, *Produkthaftung und Produktsicherheit*, ZHR 152 (1988), 511 ff., 520.

Der BGH hat in dieser Entscheidung der deutschen Vertriebsgesellschaft von Honda den Vorwurf gemacht, daß sie die Fahrer ihrer Motorräder nicht vor der Anbringung einer Lenkradverkleidung gewarnt hatte, die ein deutscher Hersteller als Motorradzubehör anbot. Der Topos "Entwicklungsrisiko" setzt voraus, daß sich Wissen und Nichtwissen, Erkenntnismöglichkeiten und Erkenntnisgrenzen zeitlich fixieren lassen. Im Honda-Fall hat der BGH der Beklagten zugute gehalten, daß die inkriminierte Lenkradverkleidung im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Motorrads noch nicht am Markt erhältlich war⁷⁷. Der BGH hat aber ein Gutachten zitiert, demzufolge jenes Motorrad "auch ohne das Zubehör bei hohen Geschwindigkeiten ohnehin schon an der Grenze der Sicherheitserwartung der Benutzer liegt"⁷⁸. Es wäre leicht gewesen, schon für den Zeitpunkt des Inverkehrbringens Vorkehrungen (Warnpflichten) gegen eine Anbringung von Lenkerverkleidungen zu statuieren. Aber auch die Qualifikation der durch die Motorradverkleidung entstandenen Gefahr als "Entwicklungsrisiko" leuchtet nicht ein. Dieses Zubehör hat nicht den Wissensstand der Ingenieure, schon gar nicht der von Honda, überfordert, sondern ist von der Beklagten nicht zur Kenntnis genommen worden oder hat sie nicht zu Konsequenzen veranlaßt⁷⁹.

Beide Gesichtspunkte hat der BGH in seiner Milupa-Entscheidung aufgegriffen⁸⁰. Die in diesem Urteil vom BGH ausgesprochene Pflicht von Milupa, die Risiken gesüßten Tees für die Zahnentwicklung von Kleinkindern selbst zu prüfen, besagt, daß Risikowissen nicht bloß rezipiert⁸¹, sondern gegebenenfalls selbst

76 BGHZ 99, 167.

77 A.a.O., 171.

78 A.a.O., 175.

79 Vgl. auch die Konstellation in BGHZ 104, 323 - Limonadenflasche und .

80 BGHZ 116, 60 = JZ 1992, 693 m.Anm. R. Damm.

generiert werden muß. Die Produktbeobachtungspflicht bezieht sich mithin auf Grenzbereiche zwischen vorhandenem und möglichem Wissen und kann dann je nach Sachlage als "Rezeptions"-Pflicht oder als Untersuchungspflicht formuliert werden. In beiden Varianten ergeben sich praktisch-organisatorische Anforderungen für die Unternehmen. Sie müssen die innerbetrieblichen und vertriebstechnischen Vorkehrungen für wirksame Maßnahmen - Warnungen oder Rückrufaktionen - treffen⁸².

Diese Deutung der Produktbeobachtungspflicht als Pflicht zur Risikoforschung und zum Risikomanagement liegt umso näher, als durch die Neufassung des GSG verbesserte Regelungen für die Nachmarktkontrolle eingeführt worden sind und die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie vom 24.3.1992 eine nochmalige Verbesserung der öffentlichrechtlichen Nachmarktkontrolle verspricht⁸³. Unter dem Eindruck des europäischen Rechts hat sich damit in der Gesetzgebungspolitik die Einsicht Bahn gebrochen, daß die Aufgaben der Nachmarktkontrolle das Zivilrecht grundsätzlich überfordern⁸⁴. Im Gefolge dieser Einsicht werden sich, so darf man prophezeien, die dogmatisch-konstruktiven Bemühungen um eine Herleitung von Warn- und Rückrufpflichten aus §§ 823 Abs. 1 oder 1004 BGB oder auch aus § 1 UWG⁸⁵ erledigen.

81 So der Ductus in BGHZ 80, 199, 202 - Apfelschorf I.

82 Vgl. schon BGH BB 1970, 1414, 1415 und Ch.E. Hauschka, Die vorbeugenden Organisations- und Produktbeobachtungspflichten des Herstellers in rechtlicher und unternehmerischer Sicht, AG 1988, 29 ff.; vgl. zur strafrechtlichen Bewährung dieser Pflichten BGH NJW 1990, 2560 - Lederspray und dazu die Besprechung von L. Kuhlen, Strafhafung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NZSt 1990, 566 ff.

83 Vgl. oben II 1 c.

84 Vgl. am Beispiel des amerikanischen Rechts Ch. Joerges, Nachmarktkontrollen im amerikanischen Recht, in: H.-W. Micklitz (Hrsg.), Post Market Control of Consumer Goods, Baden-Baden 1990, 155 ff.

85 Vgl. die Darstellung und Kritik dieser Bemühungen bei G. Brügge-

Informationsrechte und -pflichten: Im Zusammenhang mit der Darstellung der europäischen Einflußnahmen auf das Produktsicherheitsrecht wurden informationspolitische Maßnahmen mitbehandelt, ohne daß dabei die in den vergangenen Jahren ausgesprochen intensive deutsche Diskussion um behördliche Warnungen vor Produktgefahren zur Sprache gekommen wäre⁸⁶. Ihren Schwerpunkt hat diese Diskussion im öffentlichen Recht. Geprüft wird, ob und unter welchen Voraussetzungen offizielle Äußerungen über Produktrisiken als Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen (Artt. 14, 12, 2 GG) bewertet werden müssen. Diskutiert wird weiter, ob und unter welchen Voraussetzungen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts für staatliches Handeln für Maßnahmen der staatlichen Informationspolitik gilt - mit der Folge, daß sich insbesondere staatliche Warnungen und Empfehlungen zugleich an den allgemeinen Grundsätzen, namentlich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren haben⁸⁷. Die Grenzziehungen sind schwierig. Nicht nur die schwerwiegenden Folgen, die gerade mit staatlicher Autorität ausgestattete Stellungnahmen für die Betroffenen Unternehmen haben können, sondern auch der Umstand, daß Aussagen über Umwelt- und Produktrisiken eines bestimmten Produkts regelmäßig selektiv

meier, a.a.O. (Fn. 75).

- 86 Vgl. zu diesem Themenbereich R. Phillip, Staatliche Verbraucherinformation, Köln-Berlin-Bonn-München 1989; F. Ossenbühl, Zur Staatshaftung bei behördlichen Warnungen vor Lebensmitteln, ZHR 155 (1991), 329 ff. und - jew. mit umf. Nachw. - E. Brandt, Warnungen vor Gesundheitsrisiken - Öffentlichrechtliche Probleme; M. Paschke, Warnungen vor Gesundheitsrisiken im Privatrecht; W. Köck, Risiko-Information - Zur Diskussion um produktbezogene behördliche Informationstätigkeit im Umwelt- und Gesundheitsbereich, alle in: R. Damm/ D. Hart (Hrsg.), Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, Baden-Baden 1993, 187 ff., 199 ff., 215 ff. und U. Di Fabio, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 ff.
- 87 Vgl. BVerwGE 71, 173 - Transparenzlisten; 82, 76 - Jugendsekten; 87, 37 - Glykolwein. - Daß entsprechende Gesetze nur auf der Grundlage entsprechender Kompetenzen erlassen werden dürfen, hat sich die EG nach der Verabschiedung ihrer Richtlinie zur Werbung von Tabakverboten entgegenhalten lassen müssen; vgl. zu dieser Kontroverse den Beschluß des BVerfG v. 12.05.1989, EuGRZ 1989, 340.

vorgehen müssen und die Risikoproblematik kaum umfassend behandeln können, spricht grundsätzlich für rechtliche Bindungen⁸⁸. Dennoch muß es auch Schranken solcher Beschränkungen geben: aus den Unsicherheiten des verfügbaren Risikowissens darf nicht auf die Handlungsunfähigkeit der staatlichen Informationspolitik geschlossen werden⁸⁹.

Im Privatrecht haben sich entsprechende Auseinandersetzungen an der Beurteilung von Warentests entzündet und dort zu weitgehend konsentierter Prinzipien geführt⁹⁰. Kritische Äußerungen über Produkte sind - nicht anders als Werbeaussagen - vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung geschützt⁹¹. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und auch das sogenannte Anprangerungsverbot sind allerdings bei der öffentlichen Berichterstattung in der Tagesschau⁹² und auch von staatlich geförderten Testinstituten oder den Verbraucherverbänden⁹³ zu beachten. Produktbewertungen werden jedoch nicht inhaltlich überprüft, sofern die Produktkritiker bei ihrer Beurteilung "neutral, objektiv und sachkundig" vorgegangen sind⁹⁴.

Das gemeinsame Bezugsproblem der öffentlichrechtlichen wie der privatrechtlichen Diskussion zur Information über Risiken ist der unsichere Status des Risikowissens⁹⁵: Risikoinforma-

88 Vgl. U. Di Fabio, a.a.O. (Fn. 86), 696; vgl. aber auch G. Lübke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, 2705 ff.

89 Vgl. zu diesem Aspekt W. Köck, a.a.O. (Fn. 86), 219 ff. sowie U. Di Fabio, a.a.O. (Fn. 86), 496 f.

90 Vgl. nur H.-D. Assmann/ F. Kübler, Staatliche Verbraucherinformation im Ordnungsgefüge des Privatrechts, Königstein/Ts. 1981 und zuletzt M. Paschke, a.a.O. (Fn. 86).

91 Vgl. zuletzt BGH ZIP 1993, 1801 - Greenpeace/ Hoechst; in Wettbewerbsverhältnissen ist allerdings die sehr restriktive Bestimmung des § 14 UWG zu beachten.

92 BGH JZ 1987, 414 m.Anm. G. Brüggemeier.

93 OLG Karlsruhe, GRUR 1989, 681.

tionen können und sollen wissenschaftliche Erkenntnisse vermitteln, aber sie müssen eben auch Risikobewertungen vornehmen. Sie sind deshalb nicht einfach objektiv falsch oder richtig. Sie sind überdies notwendigerweise selektiv; so wie die staatliche Produktinformation Vergleiche mit den Risiken von Substituten kaum umfassend und sichere Prognosen über die Reaktionen des Publikums kaum wagen kann, so können die seitens der Stiftung Warentest nicht-geprüften oder einfach nicht berücksichtigten Produkte aus einem Verdikt Vorteile ziehen, die risiko- und wettbewerbspolitisch gleichermaßen fragwürdig sind. Diese Risiken der Risiko-Informationspolitik sprechen in der Tat dafür⁹⁶, die staatliche Informationspolitik auf eine Abwägung zwischen den Freiheitsgarantien für innovatorisches Handeln mit den absehbaren Folgen einer autoritativen Äußerung zu verpflichten, sie also stringenteren Maßstäben zu unterwerfen als das Privatrecht sie anlegt.

Glücklicherweise ist das Recht erfindungsreich. Das "regulative" Produktsicherheitsrecht hat konstruktive informationspolitische Instrumente entwickelt⁹⁷, die staatliche Schutzaufgaben, Informationsinteressen der Bürger und Betätigungsfreiheiten der Unternehmen kompatibel halten, sich aber nicht als direkte Interventionen in den Prozeß der Risikobewertung darstellen. Sie reichen von gesetzlichen Kennzeichnungsvorschriften über freiwillige Gütezeichen und die Unterstützung neutraler Institutionen bis zur Forderung nach - und der Förderung von - Zertifizierungs- und Auditing-Verfahren. Das Privatrecht ist kaum weniger innovativ. Das Haftungsrecht überbrückt mit sei-

94 So schon BGHZ 65, 325, 334 - Warentest II.

95 Vgl. schon oben I 2.

96 Vgl. auch W. van den Daele, Restriktive oder konstruktive Technologiepolitik?, in: W. Krohn/ G. Krücken, a.a.O. (Fn. 12), 284 ff., 297 ff.

97 Vgl. den Überblick bei H.-W. Schiffer/ K. Delbrück, Kennzeichnung als Instrument des produktbezogenen Umweltschutzes, DB 1991, 1002

nen Instruktions- oder Produktbeobachtungspflichten die Grenzen zwischen "sicheren" und "unsicheren" Wissensbeständen⁹⁸; im Vertragsrecht sind im Rahmen der culpa in contrahendo entsprechende Ansätze zu registrieren⁹⁹; im Wettbewerbsrecht findet man besondere Sittenwidrigkeitsmaßstäbe für die gesundheits- und umweltbezogene Werbung¹⁰⁰. Von einer detaillierten Darstellung all dieser Entwicklungen muß hier abgesehen werden. Immerhin dürfte deutlich geworden sein, daß die Produktbeobachtungspflichten und die rechtliche Beurteilung sowohl der öffentlichen Informationspolitik als auch des privaten Umgangs mit Informationen Ansätze für eine konstruktive Bewältigung der Unsicherheiten des Risikowissens enthalten: Die sich herausbildenden Rechtspflichten zielen offenbar auf einen "verantwortlichen" Umgang mit Risiken und Risikoinformationen. Produzenten werden durch die Produktbeobachtungspflichten zur "vorsorgenden" Ermittlung von Risiken und zur "nachsorgenden" Reaktion auf offenbar werdende Gefahren angehalten. Das Privatrecht privilegiert "sachkundige" Produktinformationen; eine im Eigeninteresse des Anbieters liegende Informationsstrategie wird durch die Ausbildung rechtlicher Standards zugleich gefördert und kanalisiert. Diese auf die Generierung und Vermittlung von Risikowissen

ff. und zum Europarecht oben II 2 d.

98 Vgl. oben b.

99 Zu "ökonomischen" Risiken vgl. Ch. Joerges, Status und Kontrakt im Franchise-Recht AG 1991, 325 ff., 329 ff.; zu Gesundheitsrisiken vgl. W. Köck/ K. Meyer, Vertragsrechtliche Sicherheitsgewährleistung und "neue Risiken", JZ 1992, 548 ff., D. Hart, Sozialschutzbezogene Normbildungsprozesse bei Risikoentscheidungen im Vertragsrecht, KritV 1991, 363 ff.; J. Schmidt, Steuerung "neuer Risiken" mit Hilfe des zivilrechtlichen Vertragsrechts, KritV 1991, 344 ff.

100 Vgl. J. Keffler, Die umweltbezogene Aussage in der Produktwerbung, WRP 1988, 714 ff. und aus der neueren Lit. H.G. Graf Lambsdorff/ S. Jäger, Die individuelle Verantwortlichkeit in der umweltbezogenen Werbung, BB 1992, 2297 ff.; K.-H. Fezer, Umweltwerbung mit unternehmerischen Investitionen in den Nahverkehr, JZ 1992, 443 ff.; T. Brandner/ G. Michael, Wettbewerbsrechtliche Verfolgung von Umweltverstößen, NJW 1992, 278 ff.; Ch. Schnieders, Die Verarbeitung von Allgemeininteressen im UWG: Die Fallgruppe Rechtsbruch, in:

bezogenen Ansätze¹⁰¹ entsprechen im übrigen der Programmatik der öffentlichrechtlich vermittelten Einflußnahmen auf die Steigerung und Absicherung von Qualitätszielen¹⁰².

c) *Die Reaktion des Rechts auf die Grenzen des Risikowissens*

Die Produktbeobachtungspflichten und auch die Informationspflichten sind Alternativen zu einem regulativen Zugriff, der sich seiner kongnitiven Voraussetzungen und praktischen Folgen gewiß ist. Sie reagieren auf eben jenes Problem, das sich bereits als Kern- und Grenzfrage der Sicherheitsstandards des Produzenten-, Produkt- und Gefährdungshaftungsrechts herauskristallisiert hatte. Das Haftungsrecht vollzieht den Schritt zu einer Haftung, die den Unternehmen die Internalisierung *aller* Produktrisiken abverlangen würde, bezeichnenderweise nicht. Daß es diesen Schritt nicht vollzieht, hat nicht nur "technische" Gründe, sondern hängt mit den nicht ex ante aufklärbaren Sachproblemen eines regulativen Zugriffs zusammen: Bis zu welchen Grenzen sollen die Verschärfungen und Verfeinerungen des Haftungsrechts getrieben werden? An welchem Punkt führt eine konsequente Zurechnung von Produktrisiken zu einer Blockade technologischer Innovationen? Wären solche Blockaden wirtschaftlich und sozial erträglich? Wären sie risikopolitisch sogar riskanter als die Inkaufnahme derjenigen Risiken, die mit innovativen Risikovermeidungsstrategien verbunden sind¹⁰³? -

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993 (im Erscheinen).

101 Die sich weiter ausbauen lassen; vgl. z.B. den Vorschlag von J. Finsinger, Innovative Produktionsweisen aus öffentlichen Mitteln zu prämiieren, um so die Anreizwirkungen des Patentsystems nachzuzahlen und die Diffusion von Risikowissen zu fördern: Safety Standards and the Expectation Standard, Collective Standard Setting and Positive Incentives, in: B. Stauder (Hrsg.), *La sécurité des produits de consommation*, Zürich 1992, 79 ff.; ders., *The Choice of Risk Technologies and Liability*, *Int'l Rev. of Law & Economics* 11 (1991) 11 ff.

Wenn das Haftungsrecht hier Grenzen von Internalisierungsstrategien anerkennen muß, so stellt sich allerdings umso dringlicher erneut die "alte" Frage, von wem letztendlich unvermeidliche Schäden zu tragen sind. Sollen die Produktnutzer bloß individuell entscheiden, ob sie eine Privatversicherung suchen¹⁰⁴? Wie läßt sich gewährleisten, daß Haftungsfonds, wie sie für Umweltschäden im Anschluß an amerikanische Vorbilder auch in Deutschland und auf europäischer Ebene vorgeschlagen werden, die Anstrengungen der Unternehmen zur Fortentwicklung und Nutzung des Risikowissens fördern¹⁰⁵? Welche sozialen Ausgleichsfunktionen müssen nach wie vor öffentlichrechtliche Schadensversicherungssysteme übernehmen¹⁰⁶?

III. Normativität und Rationalisierung des Rechts

Das Recht der Produktsicherheit sei, so lautete die Eingangsthese dieses Beitrags, einem Rationalisierungsdruck ausgesetzt, der die Öffnung des Rechts für nicht-rechtliches Experten-

102 Vgl. oben II 2 d.

103 Vgl. K.H. Ladeur, Der "Umwelthaftungsfonds" - ein Irrweg der Flexibilisierung des Umweltrechts?, VersR 1993, 257 ff., 265; G. Brüggemeier, Unternehmenshaftung für "Umweltschäden", a.a.O. (Fn. 28), 248 f.

104 Vgl. G. Priest, The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law, Yale L. J. 96 (1987) 1521 ff.

105 Vgl. zum deutschen Recht W. Köck, Organisation und Finanzierung kollektiver Ausgleichssysteme für Umweltschäden; P. Salje, Risikoversorge durch Errichtung eines Umwelthaftungsfonds am Beispiel des "Hamburger Entwurfs", beide in KritV 1991, 311 ff., 324 ff.; zuletzt sehr kritisch K.H. Ladeur, Der "Umwelthaftungsfonds", a.a.O. Vgl. ferner die Erwägungen der Kommission der EG in ihrem "Grünbuch über die Sanierung von Umweltschäden", KOM (93) 47 endg. vom 14.5.1993, 18 f., 26 f.

106 Vgl. G. Brüggemeier, Umwelthaftung für "Umweltschäden", a.a.O. (Fn. 25) und G. Wagner, Die Aufgaben des Haftungsrechts - eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform, JZ 1991, 175 ff.

wissen, eine Instrumentalisierung rechtlicher Regeln und institutionelle Innovationen nach sich ziehen müsse. In den beobachteten Entwicklungen finden sich Bestätigungen all dieser Aussagen. Aber gleichzeitig hat sich gezeigt, daß es aussichtslos wäre, von einer Verwissenschaftlichung der Risikopolitik und einer entsprechenden Instrumentalisierung des Rechts die Klärung aller Regelungsprobleme der Produktsicherheit zu erwarten. Die wissenschaftliche Aufklärbarkeit der Risikoproblematik bleibt begrenzt; Risikoanalysen und -bewertungen können ohne normative Festlegungen nicht auskommen. Das Risiko-Management muß sich auf solche Ungewißheiten einstellen. Das Recht kann die Grenzen des wissenschaftlichen Wissens nicht überschreiten und hält auch für die normativen Fragen der Risikoregulierung keine fertigen, dem innerwissenschaftlichen Diskurs a priori überlegenen Antworten bereit. Ist es also angebracht, den Prozeß der Rationalisierung als eine Steigerung wissenschaftlicher Ungewißheiten und rechtlicher Unbestimmtheiten zu qualifizieren?

1. Die Grenzen rechtlicher Steuerung und die Prozeduralisierung des Rechts

Diese Frage läßt sich nicht mit einem einfachen ja oder nein beantworten. Sie ist aber Grund genug, noch einmal genauer auf Max Webers Analysen der okzidentalen Rationalisierung und seinen damit verbundenen Begriff des praktisch-rationalen Handelns zurückzukommen. Für diesen Begriff sind die Komponenten der formalen, materialen und wissenschaftlich-methodischen Rationalität konstitutiv¹⁰⁷. Die formale Rationalität bezeichnet die technisch-instrumentell "richtige" Verwendung von Mitteln im Hinblick auf vorgegebene Zwecke. In Bezug auf solche

¹⁰⁷ Die folgende Interpretation folgt - mit entsprechenden Risiken - J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1987, 239 ff.; ders., *Recht und Moral* (1986) in: *Faktizität*

Zwecke läßt Webers Wertskeptizismus keine "wissenschaftliche" Identifikation allgemein verbindlicher Prämissen zu. Der Begriff des material-rationalen Handelns besagt lediglich, daß überhaupt "ethische, politische, utilitarische, hedonische, ständische, egalitäre oder irgendwelche anderen" Postulate erhoben werden und das Handeln sich an ihnen ausrichtet. Praktisch-rationales Handeln zeichnet sich demzufolge nur dadurch aus, daß eine methodisch-rationale Lebensführung wertrationale Handlungsmuster verstetigt und so das zweckrationale Handeln anleitet¹⁰⁸.

In seiner Soziologie des Rechts hat sich Max Weber bekanntlich auf formal-rationale Rechtskonzepte festgelegt, die den Privatrechtssubjekten ein zweckrationales Handeln gestatten, ohne dieses Handeln inhaltlich zu bestimmen, und die auch den Staat und seine Bürokratie strengen Bindungen unterwerfen sollen. Die Instrumentalisierung des Rechts für "regulative" Ziele und das Eindringen "materialer" Tendenzen in das Privatrecht hat Weber beobachtet - und eindringlich vor solchen Entwicklungen gewarnt¹⁰⁹. Auch wenn diese Warnungen nicht gefruchtet haben und perspektivlos sind, ist Weber zuzugeben, daß die "Materialisierung" des Formalrechts im Rechtssystem problematische Folgen nach sich gezogen hat. Am Beispiel der rechtlichen Gewährleistung der Produktsicherheit ließe sich noch einmal explizieren, was schon in den Auseinandersetzungen mit den wohlfahrts- und sozialstaatlichen Rechtsprogrammen der 60er und 70er Jahre offenbar geworden ist: Die sozialstaatliche Gesetzgebung überweist an die Exekutive und an die Justiz eine Unzahl von Aufgaben, die dort erst präzisiert und koordiniert werden müssen. Dabei sind das Steuerungswissen und die praktischen Einwirkungsmöglichkeiten des Rechtssystems beschränkt. So entwickeln sich mehr oder weniger erfolgreiche Formen der Re-

und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, 541 ff., 542 ff.

108 Vgl. J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns I, a.a.O. (Fn. 3), 245.

zeption von Expertenwissen und mehr oder weniger durchsichtige Formen einer Kooperation mit nichtstaatlichen Akteuren. Die Idee einer rationalen "Wahl" von Zwecken und ihrer zweckrationalen Umsetzung durch das Recht ist mit diesem Befund nicht versöhnbar.

In der Auseinandersetzung mit dieser im Grunde unbestrittenen Einsicht scheiden sich die Geister der neoliberalen und der ökonomischen Rechtstheorie, der Systemtheorie und der Diskurstheorie des Rechts. Alle diese Ansätze kritisieren aber nicht nur die gleichsam sozialtechnologischen Schwächen materialisierter Rechtsprogramme, sondern auch deren normative Ansprüche und Implikationen. In der Lesart der Diskurstheorie des Rechts lautet die Kritik: Die kognitive und die organisatorische Öffnung des Rechtssystems gefährde die Integrität des Rechts, weil sie die Rechtsproduktion einem unkontrollierten Machtkreislauf überlasse und damit die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, die den Materialisierungsprozeß praktisch politisch eingeleitet und normativ begründet haben, wieder untergrabe¹¹⁰. Deshalb müsse, so folgert Jürgen Habermas, ein "prozeduralistisches Paradigma" zur Geltung gebracht werden, das den Prozeß der Rechtsbildung "als Element eines auf Dauer gestellten verfassungsgebenden Prozesses" begreift¹¹¹.

Das Verhältnis derartiger theoretischer Überlegungen zu

109 Rechtssoziologie, a.a.O. (Fn. 2), 334 ff.; vgl. oben I 1.

110 J. Habermas, Faktizität und Geltung, a.a.O. (Fn. 107), 484 ff., 494 ff.; K. Günther, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: D. Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, 51 ff., 59 ff.

111 Faktizität und Geltung, a.a.O., 494, vgl. 208 ff. - Die normativen Voraussetzungen dieses Vorschlags hat Habermas in seiner Moralphilosophie und seiner darauf aufbauenden Verfassungstheorie entfaltet. Ebenso wenig wie Max Weber setzt er eine unmittelbar einsichtige Geltung materialer "Werte" voraus. Aber Habermas postuliert die "faktische" Wirksamkeit und die theoretische Einsichtigkeit eines

rechtspraktischen Fragen im allgemeinen und zu den pragmatischen Problemen eines spezifischen Gebietes ist ein Thema für sich. Habermas hat sich immerhin in einer erstaunlich detaillierten Weise auf innerjuristische Debatten eingelassen und sogar die Rechtsprobleme der Risikogesellschaft angesprochen. Seine Botschaft lautet: Die Rechtsprobleme der Risikogesellschaft unterscheiden sich nicht grundsätzlich von denen des Wohlfahrtsstaates. Die zunehmende Öffnung des Rechtssystems für die Beratung durch externe Disziplinen müsse aber durch eine Institutionalisierung von Diskussions- und Kommunikationsformen aufgefangen werden. Diese "Legitimationsfilter" sollen eine Selbstprogrammierung des Zugriffs auf normative Gründe verhindern. Ebenso sollen Staat und Verwaltung bei dem Aufbau kooperativer Formen der Entscheidungsfindung und Rechtsproduktion auf "transparente, nachvollziehbare und kontrollierbare Rückkoppelungen an gesetzgebungspolitische Zielvorgaben" achten¹¹². Der "auf Dauer gestellte verfassungsgebende Prozeß", der die Rechtsfindung begleiten und kontrollieren soll, entstehe aus "Kommunikationsströmen und publizistischen Einflußnahmen, die aus Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit hervorgehen und durch demokratische Verfahren in kommunikative Macht umgesetzt werden"¹¹³.

Moralprinzips, dessen praktischer Gehalt in diskursiven Prozessen entfaltet werden kann. Die moralphilosophische Dignität des Verfassungsstaates ergibt sich dann daraus, daß die Prinzipien der Demokratie Verfahren institutionalisieren und Meinungsbildungsprozesse gewährleisten, die Entscheidungen über Gerechtigkeitsfragen legitimieren können, die faire Kompromisse über praktische Fragen und ethisch-politische Diskurse (über Fragen des "guten Lebens") so strukturieren, daß deren Vereinbarkeit mit dem Moralprinzip möglich bleibt (vgl. a.a.O., 187 ff. und resümierend 527).

112 Faktizität und Geltung, a.a.O., 526 ff.

113 A.a.O., 532 f.

2. Verrechtlichung der "Entdeckungsverfahren der Praxis"

All diese Formulierungen klingen noch immer ungemein abstrakt. Dennoch sind sie keine bloßen Leerformeln. Es handelt sich um rechtheoretisch begründete Anregungen, die erst in der Auseinandersetzung mit praktischen Fragen, bei der Organisation von Entscheidungen und Rechtsprozessen und bei der Beurteilung von Regelungspraktiken konkretisiert werden können¹¹⁴. In diesem Sinne läßt sich die Diskurstheorie des Rechts durchaus als Aufforderung zu einem zweiten Blick auf das Recht der Produktsicherheit lesen¹¹⁵.

a) Kooperative Normsetzung im Produktsicherheitsrecht

Die "Delegation" der praktischen Auseinandersetzung mit den Gefahren der Technik und der Gesundheitsrisiken auf "private" Organisationen und deren Experten hat in Deutschland eine lange Tradition¹¹⁶. Niemals aber handelte es sich um eine bedingungslose Preisgabe staatlicher Regelungsansprüche. Die genaue Abgrenzung von Zuständigkeits- und Verantwortungsreichen war immer mit Versuchen einer staatlichen In-

114 Vgl. J. Habermas, a.a.O., 531.

115 Im folgenden beschränke ich mich auf die Regelungen technischer Güter, lasse also die Regelungsstrukturen für "toxische" Produkte oder auch Lebensmittel außer Betracht (obwohl sich auch hier entsprechende Tendenzen nachweisen lassen; vgl. nur Art. 5 der Richtlinie über Lebensmittelhygiene, oben Fn. 47 und 60). - Ebensovienig werde ich die verfassungsjuristische Diskussion verfolgen. Insoweit sei insbesondere verwiesen auf E. Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, Baden-Baden 1990, die diskurstheoretischen Ansätzen verpflichtet ist und deren Schlußfolgerungen mit den Überlegungen im Text zumindest vereinbar sind. - Schließlich vernachlässige ich die Rechtsfragen, die sich aus der Europäisierung der Normung und der Wahrnehmung sozialer Schutzaufgaben durch die europäischen Institutionen ergeben (vgl. unten 3).

strumentalisierung verbandlicher Aktivitäten verbunden und läßt sich nicht etwa bloß als Kapitulation rechtlicher Ansprüche vor den Domänen eines "private governing" verstehen¹¹⁷. Diese Auseinandersetzungen standen in der Bundesrepublik in den siebziger Jahren im Zeichen des Verbraucherschutzes, in den achtziger Jahren im Zeichen des Umweltschutzes. Im Ergebnis führten sie zur Einrichtung von verselbständigten, auf Fragen der Produktsicherheit und der Umweltsicherheit spezialisierten Einheiten innerhalb der Normungsorganisationen¹¹⁸, einer Revision der grundlegenden DIN-Norm 820 über die Verfahrensgrundsätze der Normung¹¹⁹ und zu dem Normenvertrag zwischen der Bundesregierung und dem DIN aus dem Jahre 1975¹²⁰.

Die von der Europäischen Gemeinschaft veranlaßten Innovationen der Sicherheitsregulierung haben die öffentlichen Einflußchancen eher gesteigert und zielen jetzt auch auf eine Stärkung der Mitwirkung von nicht-wirtschaftsgebundenen Organisationen: Bei der Erarbeitung der rechtlich verbindlichen "grundlegenden Sicherheitsanforderungen" in den Richtlinien der Gemeinschaft wirken die Normungsorganisationen mit; aber die Kommission läßt sich ebenso von den Verwaltungsexperten aus den Mitgliedstaaten und von unabhängigen Sachverständigen beraten¹²¹. Den Normungsorganisationen bleibt die Konkretisierung der grundlegenden Sicherheitsanforderungen überlassen; aber sie müssen sich dabei an die ihnen erteilten Normungsaufträge hal-

116 Oben II 1 a.

117 Vgl. H. Voelzkow, a.a.O., (Fn. 23), 102.

118 Der Verbraucherrat im Deutschen Institut für Normung wurde im Jahre 1974 beschlossen, die Koordinationsstelle Umweltschutz i.J. 1983 eingerichtet i.J. 1990 um einen pluralen Fachbeirat ergänzt und i.J. 1993 der Normenausschuß "Grundlagen des Umweltschutzes" gegründet.

119 Vgl. Einzelheiten bei Ch. Joerges u.a., a.a.O. (Fn. 25), 180 ff.

120 Oben Fn. 27; die Vereinbarung zwischen dem Bundesumweltministerium und dem DIN ist abgedruckt in Umwelt 1/93, 8 f.

121 Vgl. die aufschlußreiche Fallstudie von V. Eichener, Social Dumping

ten, die begleitende Supervision durch die Kommission¹²² und die Beteiligung von Verbrauchervertretern in ihren technischen Komitees¹²³ akzeptieren. Europäische Normen müssen überdies vor ihrer Veröffentlichung in den Amtsblättern der EG durch die Kommission und ihren Beratenden Ausschuß gebilligt werden und können selbst dann noch von den Mitgliedstaaten in den sog. Schutzklauselverfahren angegriffen werden. Durch den Aufbau des europäischen Zertifizierungswesens, das wiederum selbst-regulative Mechanismen über semi-autonome Instanzen an staatliche Programme rückkoppelt¹²⁴, wird ein zweiter Kontrollfilter geschaffen. Und schließlich begründen die staatlich organisierten Systeme der Nachmarktkontrolle, wie sie die neue Richtlinie zur allgemeinen Produktsicherheit vorsieht, Eingriffsmöglichkeiten, die Schwächen der präventiven Sicherheitsvorkehrungen korrigieren können.

Über die reale Funktionsweise dieses regulativen Netzwerks, über die Wirksamkeit der Repräsentation nicht-wirtschaftlicher Interessen, über die Verlässlichkeit der Rückkopplungen an verbindliche legislative Programme und über die Intensität der Nachmarktkontrollen ist mit all dem nichts ausgesagt. Festzuhalten ist aber, daß sich in dem neuen Recht der Produktsicherheit jedenfalls Regelungsmechanismen herausbilden, die den Umgang mit Produktrisiken als einen "auf Dauer gestellten

or Innovative Regulation? (oben Fn. 42).

122 Vgl. J. Falke, Technische Normung in Europa: Zieht sich der Staat wirklich zurück?, a.a.O. (Fn. 58), 94 ff.

123 Vgl. H.-W. Micklitz, Considerations shaping future participation in european product safety law, in: Ch. Joerges (Hrsg.) Product Liability and Product Safety in the European Community, San Domenico (FI) 1989, 182 ff. (Europäisches Hochschulinstitut, Working Paper No. 89/404) und den mittlerweile vorliegenden Erfahrungsbericht des Secrétariat Européen de Coordination pour la Normalisation, Annual Report 1991: Consumer Participation in the Standardisation Process, Brüssel 1992.

124 Vgl. oben II 2.

verfassungsgebenden Prozeß" ausgestalten. Über eben diese Mechanismen kommen aber in den Rationalisierungsprozessen, die das regulative Recht der Produktsicherheit auszeichnen, auch Elemente einer diskursiven Vernunft zur Geltung.

b) Judizielle Sozialregulierung im Haftungsrecht

Das Produzentenhaftungsrecht ist judizielle Rechtspolitik par excellence und seine Ergänzungen durch das ProdHG und die Spezialtatbestände der Gefährdungshaftung fügen sich in das post-kodifikatorische "System" des Haftungsrechts ein. Wenn und soweit das Haftungsrecht dabei Steuerungsfunktionen übernimmt, muß es sich an jenen Rationalitätsstandards messen lassen, die für das regulative Recht insgesamt gelten.

Die instrumentelle Rationalität der richterlichen Rechtsfindung wird indessen systematisch sowohl durch die Dispositionsrechte der Streitparteien und durch die Technik der richterlichen Informationsbeschaffung als auch durch die Grenzen der Rechtskraft in ihrer Wirkung beschränkt. Gewiß können Gerichte Sachverständige beiziehen, und sie sind weder bei der Beurteilung technisch-wissenschaftlicher Fragen noch bei der Abwägung der wirtschaftlichen Folgen ihrer Entscheidungen gänzlich auf sich allein gestellt. Ihre Rechtsfindungsprozesse werden von einer breiten Öffentlichkeit verfolgt, durch Interessengruppen und ihre Expertisen sachverständig kommentiert und ständig von der akademischen Rechtswissenschaft begleitet. Dennoch wäre es grundsätzlich verfehlt¹²⁵, die mehr oder weniger naturwüchsigen "Entdeckungsverfahren" der Rechtsprechung an Maßstäben der Informationsverarbeitung und der Implementation von Rechtsentscheidungen zu messen, denen das Handeln spezialisierter

¹²⁵ Im Ergebnis durchaus ähnlich H.-B. Schäfer, Probleme bei der Festlegung von Sorgfaltsstandards durch Zivilgerichte aus ökonomischer

Verwaltungseinheiten oder regulativer Agenturen genügen sollte. Die spezifische Qualität der judiziellen Rechtsfindung ergibt sich vielmehr daraus, daß die Gerichte den Anwendungskontext ihrer Prinzipien und Regeln sehr konkret und insofern auch umfassender berücksichtigen als dies in den generalisierenden Verfahren der regulativen Rechtsproduktion sinnvoll und möglich wäre. Gleichzeitig kommen dabei immer auch Gerechtigkeitsgesichtspunkte zur Geltung, die eine unparteilich urteilende Justiz nicht einfach der "Politik des Gesetzes" entnehmen kann. All dies sind Qualitäten, die das Richterrecht auszeichnen und es gegen alle Instrumentalisierungen immunisieren - gegen einseitige strategische Einflußnahmen ebenso wie gegen die Einseitigkeiten theoretischer Konzepte¹²⁶.

Die Differenzen zwischen den Normgewinnungsverfahren des öffentlichen Produktsicherheitsrechts und den Rechtsfindungsverfahren des Haftungsrechts hängen mit den allgemeinen Problemen einer Verrechtlichung der administrativen Risikopolitik zusammen. Aber die Zivilgerichte können durch ihre Festlegungen der Haftungsvoraussetzungen und des Haftungsumfanges die Verfassungsprobleme der regulativen Politik - die Ausgestaltung ihrer Entscheidungsverfahren, der richterlichen Kontrolle und der politischen Verantwortung - nicht in eigener Regie lösen. Es kommt offenbar darauf an, die Ko-Existenz des regulativen Rechts und des Privatrechts zu erhalten und deren je spezifische sozialtechnologische und normative Rationalität als ein Verhältnis von wechselseitigen Ergänzungen und Kontrollen zu begreifen.

Für das Haftungsrecht bedeutet dies, daß es einerseits seine

Sicht, KritV 1992, 374 ff., 382 ff.

126 Vgl. systematischer Ch. Joerges, Formale Freiheitsethik, Materiale Verantwortungsethik und Diskursethik im modernen Privatrecht, Wirtschaftsethik. Gesellschaftswissenschaftliche Perspektiven, Kiel 1989, 127 ff.

begrenzten regulativen Möglichkeiten berücksichtigen und mit seinen Rechtsfindungsprozessen abstimmen muß. Es scheint nahezu liegen, dem öffentlichen Recht vor allem die Bestimmung des angemessenen Risikoniveaus und dem Privatrecht die Wahrnehmung distributiv-kompensatorischer Ausgleichsfunktionen zuzuweisen. Indessen: Die regulativen Funktionen des Haftungsrechts erschöpfen sich eben nicht in der Anerkennung von Entschädigungsansprüchen in Fällen, in denen eine riskante, aber rechtlich zugelassene Aktivität zu Schäden führt. Namentlich das Produzentenhaftungsrecht beteiligt sich bei der Abgrenzung von Verhaltensanforderungen an der Festlegung von Sicherheitsstandards; das Haftungsrecht respektiert andererseits, soweit es eine Haftpflicht ablehnt oder deren Umfang begrenzt, die Prärogative der öffentlichen Risikopolitik auch im Rahmen seiner auf Entschädigung der Opfer zielenden Rechtsanwendung¹²⁷. Umgekehrt übernimmt aber auch das regulative (öffentliche) Recht distributive Aufgaben - so wenn es eine Zulassung riskanter Aktivitäten durch öffentlichrechtliche Ausgleichssysteme ergänzt oder praktische Schwierigkeiten einer individuellen Rechtsverfolgung kompensiert. Möglichkeiten einer wechselseitigen Förderung und Ergänzung des öffentlichen Rechts und des Haftungsrechts sind aber bereits an den Beispielen der Produktbeobachtungspflichten, der Informationspflichten und des Umgangs mit Entwicklungsrisiken exemplarisch deutlich geworden. Hier entwickelt das Haftungsrecht, ohne sich dabei als eine Super-Revisionsinstanz gegenüber dem öffentlichen Recht zu gerieren¹²⁸, Standards der Informationsermittlung, und Organisationspflichten; es sichert die Freiheit und Fairness von Risikodebatten,

127 Vg. oben II 2 b.

128 Ähnlich, wenngleich wohl mit überzogenen Ansprüchen J.W. Gerlach, Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht, JZ 1988, 161 ff., 167: "Mit seiner Wahrnehmung der wirklichen Gefahr und Beeinträchtigung im Einzelfall kann es (das Privatrecht) die Aufgabe einer konkreten Nachsorge zur allgemeinen Planungsvorsorge und Wirklichkeitsvorstellung des öffentlichen Rechts erfüllen".

nimmt auf das "Chanelling" der Verantwortung für Risiken Einfluß, grenzt Verantwortungsbereiche von Herstellern und Produktnutzern im Umgang mit Risiken ab.

Gewiß ist in all dem noch keine systematisch stringente Koordination öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Regelungsaufgaben zu finden. Aber die Differenzierungen, die sich im Gesetzesrecht und in der Rechtsprechung finden, enthalten doch Gesichtspunkte, die sich in generalisierenden Richtungsangaben zusammenfassen lassen¹²⁹:

- (1) Wenn das regulative Recht seine Regeln aus einer systematischen Risikoermittlung und einer alle wissenschaftlichen Gesichtspunkte und die Interessen der Betroffenen berücksichtigenden Abwägung gewinnt, muß das Haftungsrecht seine eigenen regulativen Ambitionen zurücknehmen und die Prärogative der öffentlichrechtlichen Standards anerkennen. Dies schließt eine Kompensation von Geschädigten nicht notwendig aus, spricht aber dafür, die Entschädigungspflicht zu entindividualisieren (sie also auf Haftungsfonds oder öffentlichrechtliche Entschädigungssysteme zu übertragen) und jedenfalls den Haftungsumfang zu begrenzen¹³⁰.
- (2) Eine derartige Prärogative der öffentlichen Risikopolitik ist allerdings von deren "Qualität" abhängig. Solange sich das Gerätesicherheitsrecht damit begnügt, den "allgemein anerkannten Regeln der Technik" zur rechtlichen Anerkennung zu verhelfen, war die Berechtigung des Haftungsrechts, eigenständige Sicherheitsstandards zu formulieren, unbestreitbar¹³¹. Ebenso muß das Haftungsrecht Lücken oder systematische Versäumnisse des regulativen Rechts ausgleichen, wie dies im Bereich der Nachmarktkontrolle geschehen ist¹³².

129 Vgl. zum folgenden S. Rose-Ackerman, Tort Law in the Regulatory State, in: P.H. Schuck (ed.), Tort Law and the Public Interest, New York-London 1991, 80 ff.

130 Vgl. schon oben II 3 c.

131 Vgl. oben II 1 b.

132 Vgl. oben II 2 c und 3 b. - Eine Haftung für Dienstleistungen, wie sie

- (3) Nicht anders als bei der Abgrenzung von Entwicklungsrisiken verdient eine öffentlichrechtliche Regulierung Vorrang, die sich aus guten Gründen auf die Förderung anspruchsvoller Qualitätssicherungssysteme beschränkt und deshalb auf konkrete inhaltliche Vorgaben verzichtet. Aus solchen Regelungsprogrammen darf man organisatorische Pflichten der Unternehmen ableiten. Man muß dann aber auch anerkennen, daß mit entsprechenden Vorkehrungen der Forderung nach dem bestmöglichen Umgang mit dem Stand von Wissenschaft und Technik genügt wird und dies eine privatrechtliche Einzelhaftung ausschließt¹³³.

3. *Resümee*

Die Rationalisierungsprozesse im Recht der Produktsicherheit sind nicht abgeschlossen. Schon deshalb darf eine Interpretation, wie sie hier vorgeschlagen wurde, keine ausschließlichen und endgültigen Geltungsansprüche erheben. Festzuhalten bleibt aber, daß sowohl im öffentlichen Recht wie im Haftungsrecht der Prozeß der Rationalisierung des Rechts mit einer Emergenz neuer Rationalitätsstrukturen einhergeht. Das Rechtssystem reagiert auf die Herausforderungen der Risikoproblematik nicht bloß durch kognitive Öffnungen, die eine Berücksichtigung nicht-rechtlichen Wissens zulassen, und durch regulative Techniken, die eine gezielte Reaktion auf Risiken ermöglichen. Es berücksichtigt in seinen institutionellen Innovationen die Grenzen und die Pluralität des Risikowissens ebenso wie die Unvollkommenheiten

der umstrittene Vorschlag der Kommission v. 9.11.1990 (ABl. C 12/1991, 8) einführen will, muß auch als Reaktion auf die Unzulänglichkeiten staatlicher und selbst-regulativer Vorkehrungen verstanden werden. Diese Funktion der geplanten Haftungsvorschriften ist freilich aus den rechtspolitischen Stellungnahmen betroffener Akteure deutlicher ablesbar als aus den rechtsdogmatischen Analysen des Entwurfs; vgl. aber G. Brüggemeier, Der Vorschlag einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen im Licht des deutschen und schweizerischen Schuldrechts, ZSR N.F. 112 (1993), 419 ff., 434.

- 133 Vgl. K.-H. Ladeur, Der Umwelthaftungsfonds - ein Irrweg der Flexibilisierung des Umweltrechts?, VersR 1993, 257 ff., 265; G. Brüggemeier, Unternehmenshaftung für Umweltschäden, a.a.O. (Fn. 28), 248 f.

rechtlicher Eingriffsinstrumente. Die präventive Gewährleistung der Produktsicherheit ist so angelegt, daß in die Verfahren der technischen Standardsetzung neben dem Sachwissen der Experten auch die Problemsicht staatlicher Stellen und sozialer Gruppen eingehen kann. Die rechtlichen Vorgaben sorgen dafür, daß neue Erkenntnisse und Regelungsbedürfnisse aufgegriffen werden können und müssen. Das neue Instrumentarium der Nachmarktkontrolle und der Übergang zu Regelungsansätzen, die von einer inhaltlichen Kodifizierung von Sicherheitsanforderungen absehen und stattdessen zu Anreizstrukturen übergehen, die Risikowissen generieren und seine Verarbeitung gewährleisten sollen, sind konsequente Reaktionen auf die strukturellen Schwächen einer präventiven staatlichen Risikokontrolle. Schließlich haben sich auch Perspektiven für ein konstruktives Zusammenwirken zwischen den Entwicklungen des öffentlichen Produktsicherheitsrecht und dem Haftungsrecht ergeben. Das Haftungsrecht ist in der Lage, differenzierend auf die "Qualität" öffentlichrechtlicher Regelungen zu reagieren. Es kann dessen Regelungsanliegen unterstützen oder Regelungsdefizite berücksichtigen und selbst Regeln für einen konstruktiven Umgang mit den Grenzen des Risikowissens finden.

Seine Modernisierung und auch seine normativen Qualitäten verdankt das Recht der Produktsicherheit wesentlich Anstößen des Gemeinschaftsrechts und auch seine Implementation und Fortbildung vollzieht sich unter europäischer Regie. Diese Ablösung nationaler durch europäische Regelungsvorgaben ist gewiß eine unvermeidbare Konsequenz der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. Aber sie führt zu der Anschlußfrage, ob und wie sich die Geltungsansprüche der europäischen Sicherheitsregulierung begründen lassen. Eine systematische Auseinandersetzung mit dieser Frage müßte auf die Abgrenzung nationaler und europäischer Zuständigkeiten in der Gesetzgebung und bei der "Durchführung" des Gemeinschaftsrechts eingehen¹³⁴

und diese Praxis mit rechtsstaatlichen Anforderungen insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes und der gerichtlichen Kontrolle administrativer Entscheidungen konfrontieren. Dies alles muß hier auf sich beruhen. Es erscheint bemerkenswert genug, daß die integrationspolitisch motivierten Einflußnahmen auf das Recht der Produktsicherheit Regelungsstrukturen gefördert haben, die den nationalen Traditionen überlegen sind - und dies nicht nur im Sinne einer Steigerung der instrumentellen Rationalität des Rechts.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge
– depending on the availability of stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
 European University Institute
 Badia Fiesolana
 I-50016 San Domenico di Fiesole (FI) – Italy
 Telefax No: +39/55/573728

From Name

 Address

- ☐ Please send me a complete list of EUI Working Papers
- ☐ Please send me a complete list of EUI book publications
- ☐ Please send me the EUI brochure Academic Year 1994/95

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

Date

Signature



Working Papers in Law

LAW No. 90/1

David NELKEN
The Truth about Law's Truth

LAW No. 90/2

Antonio CASSESE/Andrew
CLAPHAM/Joseph H. H.
WEILER
1992 – What are our Rights?
Agenda for a Human Rights
Action Plan

LAW No. 90/3

Sophie PAPAETHYMIU
On a "Constructivist
Epistemology of Law"

LAW No. 90/4

Joachim WÜRMELING
Legislativer Trilog im Institution-
ellen Dreieck der Europäischen
Gemeinschaft. Das Verfahren der
Zusammenarbeit nach Artikel
149 Absatz 2 EWGV.

LAW No. 90/5

Renaud DEHOUSSE
Représentation territoriale et
représentation institutionnelle:
réflexions sur la réforme du Sénat
belge à la lumière des expériences
étrangères

LAW No. 90/6

J. KORTE (ed.)/
A. E. KELLERMANN/
W. M. LEVELT-OVERMARS/
F. H. M. POSSEN
Primus Inter Pares: The European
Court and National Courts.
The Follow-up by National Courts
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of
Rome: A Report on the Situation
in the Netherlands

LAW No. 90/7

Reiner GRUNDMANN
Luhmann Conservative, Luhmann
Progressive

LAW No. 90/8

Bruno DE WITTE
The Integrated Mediterranean
Programmes in the Context of
Community Regional Policy *

LAW No. 90/9

Anne-Laurence FAROUX
Le Ministère de la Culture en
France: Création et organisation

LAW No. 91/10

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 1
Christian JOERGES
*The Juridification of Product
Safety Policy* *

LAW No. 91/11

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 2
Gert BRÜGGEMEIER/
Hans-W. MICKLITZ
*Product Safety Legislation
in France and in the United
Kingdom* *

*out of print

LAW No. 91/12

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 3

Gert BRÜGGEMEIER/

Josef FALKE/Christian JOERGES
*Product Safety Legislation in the
Federal Republic of Germany and
in the United States **

LAW No. 91/13

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 4

Josef FALKE/Christian JOERGES
*"Traditional" Harmonisation
Policy, European Consumer Pro-
tection Programmes and the New
Approach **

LAW No. 91/14

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 5

Christian JOERGES/

Hans-W. MICKLITZ
*Internal Market and Product
Safety Policy **

LAW No. 91/15

Christian JOERGES
Markt ohne Staat? Die
Wirtschaftsverfassung der Ge-
meinschaft und die Renaissance
der regulativen Politik *

LAW No. 91/16

Erk Volkmar HEYEN
Systemic Interference and Social
Segmentation of Scientific Legal
Discourse: Some Theoretical
Perspectives and Empirical
Results in the Field of Continental
Administrative Law

LAW No. 91/17

Andrea SCHULZ
Verfassungsrechtliche Grundlagen
der auswärtigen Kulturpolitik

LAW No. 91/18

Hans-W. MICKLITZ
Internal Legal Instruments for the
Regulation and Control of the
Production and Use of Chemicals
and Pesticides *

LAW No. 91/19

Hans Ulrich Jessurun
d'OLIVEIRA
Class Actions in Relation to
Cross-Border Pollution.
A Dutch Perspective *

LAW No. 91/20

Luis María Díez-PICAZO/
Marie-Claire PONTTHOREAU
The Constitutional Protection of
Social Rights: Some Comparative
Remarks

LAW No. 92/21

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL
The European Court of Justice
Taking Rights Seriously?

*out of print

LAW No. 92/22

Massimo LA TORRE

Linguaggio giuridico e realtà sociale. Note sulla critica realistica del concetto di diritto soggettivo

LAW No. 92/23

Renaud DEHOUSSE

Integration v. Regulation?
Social Regulation in the European Community

LAW No. 92/24

José Engrácia ANTUNES

Le Groupe de Sociétés.
La crise du modèle légal classique de la Société Anonyme

LAW No. 92/25

Christian JOERGES

Geschichte als Nicht-Geschichte:
Unterschiede und
Ungleichzeitigkeiten zwischen
Friedrich Kessler und der
deutschen Rechtswissenschaft

History as Non-History:
Divergences and Time Lag
between Friedrich Kessler and
German Jurisprudence

LAW No. 92/26

Michael KING/Catherine KRATZ

La Notion d'Intérêt de l'Enfant en
Droit: Vecteur de Coopération ou
d'Interférence?

LAW 92/27

Massimo LA TORRE

A National-Socialist Jurist on
Crime and Punishment - Karl
Larenz and the So-Called
'Deutsche Rechtserneuerung'

LAW No 92/28

Diarmuid ROSSA PHELAN

The Application of United States
and European Community
Domestic Trade Laws to the
Imports of Nonmarket Economy
GATT Contracting Parties - A
Time for Change

LAW No. 92/29

Susanne KALSS

Das Höchststimmrecht als
Instrument zur Wahrung des
Aktionärseinflusses

LAW No. 92/30

Massimo LA TORRE

Diritto, potere, dominio
Argomenti per una teoria non
prescrittivistica del diritto

LAW No. 92/31

Renaud DEHOUSSE/Christian
JOERGES/Giandomenico
MAJONE/Francis SNYDER
In collaboration with Michelle
EVERSON

Europe After 1992
New Regulatory Strategies *

LAW No. 92/32

Renaud DEHOUSSE

Does Subsidiarity Really Matter?

LAW No. 92/33

Diarmuid ROSSA PHELAN

"It's God we Ought to Crucify"

*out of print

LAW No. 93/1
Massimo LA TORRE
Reglas, instituciones,
transformaciones.
Consideraciones sobre el
paradigma "Evolución del
derecho"

LAW No. 93/2
Francis SNYDER
European Community Law and
International Economic Relations:
The Saga of Thai Manioc

LAW No 93/3
Aidan O'NEILL
The Government of Judges
The Impact of the European
Court of Justice on the
Constitutional Order of the
United Kingdom

LAW No. 93/4
Francis SNYDER
Law and Anthropology:
A Review

LAW No. 93/5
Francis SNYDER
Soft Law and Institutional Practice
in the European Community

LAW No. 93/6
Jason COPPEL
Individual Enforcement of
Community Law: The Future of
the *Francovich* Remedy

LAW No. 93/7
Massimo LA TORRE
Nostalgia for the Homogeneous
Community: Karl Larenz and the
National Socialist Theory of
Contract

LAW No. 93/8
Heike GEHRKE
The Implementation of the EC
Milk Quota Regulations in British,
French and German Law

LAW No. 94/1
Yota KRAVARITOU/Sally
SHELDON (eds.)
Abortion: Challenges to the Status
Quo

LAW No. 94/2
Sally SHELDON
The British Abortion Act (1967) -
A Permissive Reform?

LAW No. 94/3
Renaud DEHOUSSE
Comparing National and EC Law:
The Problem of the Level of
Analysis

LAW No. 94/4
A Regulatory Framework for
Foodstuffs in the Internal Market.
Report on the Conference (6-7
May 1993) organised by Francis
SNYDER

LAW No. 94/5
Christian JOERGES
Rationalization Processes in
Contract Law and the Law of
Product Safety: Observations on
the Impact of European
Integration on Private Law

Rationalisierungsprozesse im
Vertragsrecht und im Recht der
Produktsicherheit: Beobachtungen
zu den Folgen der Europäischen
Integration für das Privatrecht

